

Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
BRIGITTE TANNER
von Schaffhausen

1907

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Quoren für die Beschlussfassung in der Aktiengesellschaft

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
BRIGITTE TANNER
von Schaffhausen

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

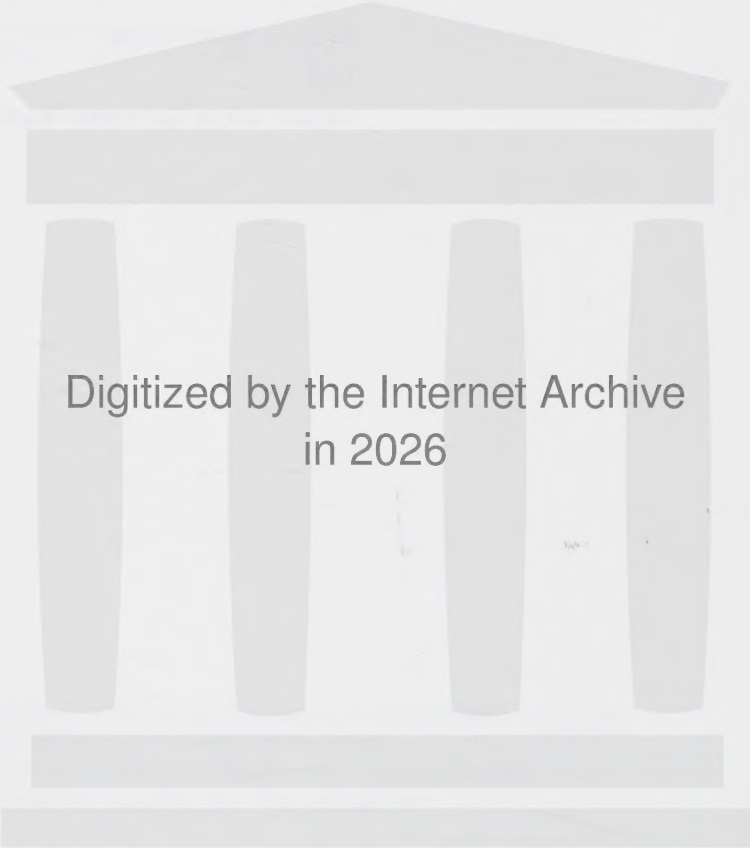
Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 15. Juli 1987

Der Dekan:
Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 100 der Reihe
Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht,
herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser.

**Meinen lieben Eltern
und
meiner lieben Schwester Annelies**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507223_0011

DANK

Ich möchte allen, die mich bei meiner Arbeit unterstützt haben, herzlich danken.

Mein Dank geht insbesondere an Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser und Herrn Prof. Dr. Arthur Meier-Hayoz, an meine Assistentenkollegen Robert Meier, Urs Pulver, Georg Rauber und Franco Taisch sowie an meine Freundinnen und Freunde Isabelle Häner, Irene Worni, Ursula Schifferle, Caroline Walser, Jürg Altorfer und Peter Vosseler.

Zu besonderem Dank verpflichtet bin ich Frau Louise Naef-Greber, die das Manuskript entziffert, die Schreibarbeiten mit zähem Einsatz prompt erledigt und die Vorlage schliesslich erfolgreich zur Druckreife gebracht hat.

Den grössten Dank schulde ich meinen Eltern. Sie haben mir die lange Ausbildungszeit ermöglicht und damit die Voraussetzungen für die vorliegende Arbeit geschaffen. Ich danke Ihnen und meiner Schwester Annelies auch für die stets verständnisvolle Begleitung. Meiner Familie ist dieses Buch gewidmet.

INHALTSÜBERSICHT**Seite**

1. Teil: Grundlagen	1
§ 1 Einführung	3
§ 2 Zulässige Quorumsarten und -begriffe sowie ihre gesetzlichen Erscheinungsformen	43
§ 3 Sinn und Zweck der Quoren	67
§ 4 Berechnung der Quoren im Zusammenhang mit dem aktienrechtlichen Beschlussfassungsverfahren	97
§ 5 Abweichungsmöglichkeiten von den gesetzlichen und innergesellschaftlichen Quoren	163
§ 6 Rechtsfolgen der Nichterreichung von Quoren	191
2. Teil: Geltendes Recht	201
§ 7 Generalversammlungs-Quoren	203
§ 8 Verwaltungsrats-Quoren	317
3. Teil: Entwurf	341
§ 9 Generalversammlungs-Quoren	343
§ 10 Verwaltungsrats-Quoren	357
Anhang: Sachregister	XXXIX

INHALTSVERZEICHNIS**Seite**

Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXV

1. TEIL: GRUNDLAGEN **1**

§ 1	Einführung	3
I.	Gegenstand, Ziel und Aufbau der Arbeit	3
II.	Begriff des Quorums	5
III.	Quoren und aktienrechtliche Beschlussfassung im allgemeinen	9
1.	Körperschaftliche Willensbildung	9
2.	Beschlussfassung als Mittel der körperschaftlichen Willensbildung	11
3.	Ergebnis der Beschlussfassung: Der Beschluss als Wille der Körperschaft	13
4.	Beschlussfassende Organe der AG	15
5.	Beschluss und Einmannorgane	21
6.	Ergebnis	25
IV.	Die Bedeutung von Quoren, insbesondere des Mehr- heitsprinzips, für Zustandekommen und Inhalt von Beschlüssen	26
§ 2	Zulässige Quorumsarten und -begriffe sowie ihre gesetzlichen Erscheinungsformen	43
I.	Präsenz- und Stimmenquoren, gemischte Präsenz-/ Stimmenquoren	43
1.	Präsenzquoren	43
2.	Stimmenquoren	44
3.	Gemischte Präsenz-/Stimmenquoren	45
II.	Kapital-, Aktienzahl- und "Kopf"quoren	46
1.	Kapitalquoren	46
2.	Aktienzahlquoren	47
3.	Kopfquoren	48
III.	Minderheits-, einfache und qualifizierte Mehrheits- und Einstimmigkeitsquoren	52
1.	Minderheitsquoren	52
a)	Minderheits-Stimmenquoren	53

b)	Minderheits-Präsenzquoten	53
2.	Mehrheitsquoten	53
a)	Einfaches bzw. relatives Mehr	54
b)	Qualifizierte Mehrheiten	55
aa)	Absolutes Mehr	55
bb)	Besonders qualifiziertes Mehr	56
cc)	Proportionales Wahlverfahren und "cumulative voting"	57
3.	Einstimmigkeitsquoten	59
a)	Absolute Einstimmigkeit	59
b)	Relative Einstimmigkeit	60
IV.	Abgegebene, abgegebene Ja- und Nein-, vertretene, oder sämtliche Stimmen	60
V.	Kombinationen	62
VI.	Uebersicht über die gesetzlichen Quoren und ihre Zuordnung zu den Quorumsarten	64
VII.	Uebersicht über die Quorumsarten	65
§ 3	Sinn und Zweck der Quoren	67
I.	Schutzfunktion	67
1.	Schutz von Gesellschaft und Kapitalmehrheit	67
a)	Mehrheitsprinzip	67
b)	Qualifizierte Mehrheiten	70
c)	Zusammenfassung	72
2)	Aktionärs- und Minderheitenschutz	72
a)	Die Begriffe und ihre Ausgestaltung	72
b)	Vorgehen	79
c)	Aktionärsschutz durch Kopf- und Präsenzquoten	79
d)	Minderheitenschutz durch qualifizierte Mehrheits- und Minderheitsquoten	81
aa)	Positive Minderheitsrechte durch Minderheitsquoten	82
bb)	Negative Minderheitsrechte durch Mehrheitsquoten	83
II.	Sicherungsfunktion	86
1.	Sicherung des Prinzips der Generalversammlung und der Diskussionsmöglichkeit durch (Kopf)-Präsenzquoten	86
2.	Sicherung der Repräsentanz und Stabilität der Beschlüsse durch gemischte Mehrheits-Präsenz-Stimmenquoten	90

3.	Sicherung des demokratischen Prinzips bei der Abstimmung durch Kopf-Stimmenquoten	92
III.	Zusammenfassung und Resultat	94
§ 4	Berechnung der Quoren im Zusammenhang mit dem aktienrechtlichen Beschlussfassungsverfahren	97
I.	Grundlagen für das aktienrechtliche Beschlussfassungsverfahren	97
II.	Prüfungspflichten vor der Generalversammlung und vor den einzelnen Abstimmungen	98
1.	Zuständiges Organ	98
2.	Grundlage der Prüfung	98
3.	Gegenstand der Prüfung	99
4.	Zeitpunkt der Prüfung	99
a)	Vorprüfung	99
b)	Prüfung während der GV	100
III.	Abstimmung	103
1.	Entscheid über die Abstimmungsart	103
2.	Form der Stimmabgabe	103
a)	Grundsatz	103
b)	Offene Abstimmung	104
c)	Geheime Abstimmung	105
aa)	Begriff und Anwendungsbereich, Problematik	105
bb)	Durchführung	107
3.	Auslegung der Stimmabgaben	108
IV.	Berechnung des Ergebnisses	115
1.	Allgemeines	115
2.	Additionsmethode	116
3.	Subtraktionsmethode	116
4.	Quoren	118
a)	Präsenzquoten	119
b)	Stimmenquoten	122
c)	Gemischte Präsenz-/Stimmenquoten	126
d)	Kapital-, Aktienzahl- und "Kopf"quoten	128
e)	Minderheits-, einfache und qualifizierte Mehrheits- und Einstimmigkeitsquoten	131
f)	Abgegebene, abgegebene Ja- und Nein-, vertretene stimmungsberechtigte und sämtliche Stimmen	136
g)	Zusammenfassung	141
h)	Die Problematik des Stichentscheides im Hinblick auf die Quoren	141
i)	Formfreie Modifikation von Quoren in besonderen Fällen?	145



aa)	Darstellung der "besonderen Fälle"	145
aaa)	Bei den Präsenz- und gemischten Präsenz-/ Stimmenquoren	145
aaaa)	Desinteresse	145
bbbb)	Obstruktion	146
cccc)	Gesetzliches Teilnahme- und Stimmverbot	146
bbb)	Bei den "reinen" Stimmenquoren	148
bb)	Argumentation	148
V.	Die Protokollierung	151
VI.	Verkündung des Beschlusses	154
VII.	Oeffentliche Beurkundung	155
VIII.	Handelsregistereintrag	156
IX.	Zusammenfassung	160
§ 5	Abweichungsmöglichkeiten von den gesetzlichen und inner- gesellschaftlichen Quoren	163
I.	Grundlagen	163
1.	Rechtsquellen für Quorumsbestimmungen	163
a)	Grundsatz	163
b)	Statuten	163
c)	Reglemente	164
d)	Observanz	165
e)	Organbeschlüsse	165
2.	Das Verhältnis der gesetzlichen zu den von der Gesell- schaft erzeugten Vorschriften	165
3.	Das gegenseitige Verhältnis der von der Gesellschaft erzeugten Normen	170
II.	Erschwerungen	171
1.	Grundsatz	172
2.	Arten	173
3.	Schranken	174
a)	Zwingende gesetzliche Bestimmungen	174
b)	Schranken im Interesse der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft?	175
4.	Einführung und Aufhebung	179
a)	Einführung	179
b)	Aufhebung	181
III.	Erleichterungen	182
1.	Grundsatz	182
2.	Arten	182
3.	Schranken	183

a) Zwingende gesetzliche Bestimmungen	183
aa) OR 703, E 703 und 713 I?	183
bb) OR 623 II, 635 III, 636, 638 II, 646 I, 648 I, 657 V, 701, 716 und E 629 II, 657 IV, 701, 704 I und 713 II	184
b) Schranken durch den Grundsatz der Repräsentativität der Beschlüsse oder das Postulat, dass Macht und Risiko in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen sollen?	184
4. Einführung und Aufhebung	185
a) Einführung	185
b) Aufhebung	189
§ 6 Rechtsfolgen der Nichterreichung von Quoren	191
I. Herrschende Lehre und Rechtsprechung	191
1. Nichtigkeit des Beschlusses	191
a) Das Bundesgericht	191
b) Die Materialien	192
c) Ein Teil der Lehre	192
2. Anfechtbarkeit des Beschlusses	195
a) Das Bundesgericht	195
b) Ein Teil der Lehre	196
II. Abweichende Meinungen und eigene Ansicht	197
2. TEIL: GELTENDES RECHT	201
§ 7 Generalversammlungs-Quoren	203
I. Begriff der Generalversammlung	203
II. Funktion der Generalversammlung	207
III. Arten	207
1. Konstituierende Generalversammlung	207
2. Ordentliche und ausserordentliche Generalversammlung	208
3. Universalversammlung	209
a) Unterschied zur Generalversammlung	209
b) Praktische Bedeutung	209
c) Besonderheiten	209
d) Voraussetzungen im einzelnen	210
e) Widerspruch bzw. Fehlen eines Aktionärs	211
4. Sonderversammlungen mit organähnlichen Funktionen und gesonderter Beschlussfassung	211
a) Gesetzliche Sonderversammlungen	211
aa) Vorbemerkungen	211

	bb) Prioritätsaktionäre	212
	cc) Genussscheininhaber	212
	dd) Partizipanten	213
	d) Andere Sonderversammlungen	213
	c) Gesetzliche Sonderbeschlüsse	214
IV.	OR 623 II	215
	1. Quorum	215
	a) Umschreibung	215
	b) Art	215
	c) Sinn und Zweck	215
	d) Berechnung	216
	e) Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten	216
	2. Anwendungsbereich	216
	3. Besonderheiten	217
	a) Sämtliche Aktien sollen zusammengelegt werden	217
	b) Nur ein zum voraus bestimmter Teil der Aktien soll zusammengelegt werden	220
	c) Zusammenfassung	220
V.	OR 635 III	221
	1. Quorum	221
	a) Umschreibung	221
	b) Art	221
	c) Sinn und Zweck	221
	d) Berechnung	221
	e) Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten	222
	2. Anwendungsbereich	222
	3. Besonderheiten	223
VI.	OR 636	224
	1. Quorum	224
	a) Umschreibung	224
	b) Art	224
	c) Sinn und Zweck	224
	d) Berechnung	224
	e) Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten	224
	2. Anwendungsbereich	224
	3. Besonderheiten	226
VII.	OR 638 II	228
	1. Quorum	228
	a) Umschreibung	228
	b) Art	228
	c) Sinn und Zweck	228
	d) Berechnung	228

e)	Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten	228
2.	Anwendungsbereich	229
VIII.	OR 646 I	230
1.	Quorum	230
a)	Umschreibung	230
b)	Art	230
c)	Sinn und Zweck	230
d)	Berechnung	230
e)	Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten	231
2.	Anwendungsbereich	231
IX.	OR 648 I	234
1.	Quorum	234
2.	Anwendungsbereich	234
a)	Umwandlung des Gesellschaftszweckes	234
b)	Beseitigung von Statutenbestimmungen über die Erschwerung der Beschlussfassung	236
c)	Einführung von Stimmrechtsaktien	237
aa)	Grammatikalisches Auslegungselement	239
bb)	Historisches Auslegungselement	241
cc)	Systematisches Auslegungselement	243
dd)	Teleologisches Auslegungselement	245
ee)	Exkurs: Das Verhältnis von OR 648 I zum Be- zugsrecht und zum Grundsatz der Gleichbe- handlung der Aktionäre sowie zur Sonder- regelung betreffend Vorzugsaktien	252
ff)	Ergebnis	260
gg)	Anwendung des Ergebnisses auf verschiedene Fallgruppen	261
aaa)	Schaffung von Stimmrechtsaktien ohne Erhöhung des Aktienkapitals	261
aaaa)	Allgemeines	261
bbbb)	Schaffung von Stimmrechtsaktien durch Einführung des Stückstimm- prinzips (Statutenänderung)	262
cccc)	Schaffung von Stimmrechtsaktien durch Aktienspaltung	264
dddd)	Schaffung von Stimmrechtsaktien durch Zusammenlegung von Aktien	266
eeee)	Zusammenfassung	267
bbb)	Erstmalige Schaffung von Stimmrechts- aktien im Zuge einer Kapitalerhöhung	268

	aaaa)	Bei einer Kapitalerhöhung ohne Zufluss neuer Mittel, d.h. durch Eigenfinanzierung aus Gesellschaftsmitteln	268
	bbbb)	Bei einer Kapitalerhöhung mit Zufluss neuer Mittel, d.h. durch Fremdfinanzierung	269
	ccc)	Schaffung zusätzlicher Stimmrechtsaktien im Zuge einer Kapitalerhöhung	270
	aaaa)	Allgemeines	270
	bbbb)	Bei einer Kapitalerhöhung mit Zufluss neuer Mittel	270
	cccc)	Bei einer Kapitalerhöhung ohne Zufluss neuer Mittel	273
	ddd)	Ueberproportionale oder ausschliessliche Erhöhung des Inhaberaktienkapitals	273
	hh)	Zusammenfassung	276
X.	OR 649 I und II		277
	1.	Quorum	277
	a)	Umschreibung	277
	b)	Art	277
	c)	Sinn und Zweck	278
	d)	Berechnung	278
	e)	Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten	278
	2.	Anwendungsbereich	278
	a)	Erweiterung und Verengung des Geschäftsbereiches im Rahmen des Gesellschaftszweckes	278
	b)	Fusion	279
	c)	Auflösung der Gesellschaft vor dem in den Statuten festgesetzten Termin oder Weiterführung über diesen hinaus	280
	d)	Die Abänderung der Firma	281
	e)	Die Verlegung des Sitzes	282
	3.	Besonderheiten	283
XI.	OR 650		284
XII.	OR 655 i.V.m. OR 654		285
	1.	Quorum	285
	2.	Begriff der Vorzugsaktie	286
	3.	Gesetzgebungstechnik; Verhältnis zwischen den Beschlüssen	286
	4.	Zum Anwendungsbereich	288
	a)	"Ausgabe" von Vorzugsaktien	288

b)	Die Aenderung der Rechtsstellung der Vorzugs- aktionäre durch die Ausgabe weiterer, noch mehr bevorzugter Prioritätsaktien	292
c)	Die weiteren Aenderungen der Rechtsstellung der Vorzugsaktionäre	293
XIII.	OR 658 i.V.m. OR 657 I; OR 657 V	295
1.	Quorum	295
a)	OR 658	295
b)	OR 657 V	295
2.	Begriff des Genuss- und des Partizipationsscheins	296
3.	Gesetzgebungstechnik; Verhältnis zwischen den Beschlüssen	296
4.	Anwendungsbereich	299
a)	"Schaffung" bzw. "Ausstellung" von Genuss- scheinen	299
b)	Die Aenderung der Rechtsstellung der Genuss- scheininhaber durch die Ausgabe stärker bevorzugter Genussscheine	300
c)	Die weiteren Aenderungen der Rechtsstellung der Genussscheininhaber	301
XIV.	OR 701	308
1.	Quorum	308
a)	Umschreibung	308
b)	Art	308
c)	Sinn und Zweck	308
d)	Berechnung	308
e)	Innengesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten	308
2.	Anwendungsbereich; Bedeutung des Quorums	308
XV.	OR 703	311
1.	Quorum	311
a)	Umschreibung	311
b)	Art	312
c)	Sinn und Zweck	312
d)	Berechnung	312
e)	Innengesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten	312
2.	Anwendungsbereich; Abgrenzung von den übrigen Quoren	312
§ 8	Verwaltungsrats-Quoren	317
I.	Begriff des Verwaltungsrats	317
II.	Funktion des Verwaltungsrats	318
III.	Pflicht der Mitglieder zur Teilnahme an der Willensbildung	318

IV.	Art der Beschlussfassung	321
1.	Sitzungsbeschlüsse	322
2.	Zirkulationsbeschlüsse	324
3.	Telefon-Konferenzbeschlüsse	326
V.	Beschlussfassungs- und Abstimmungsverfahren	326
VI.	Sitzungsarten	327
1.	Ordentliche und ausserordentliche Sitzungen	327
2.	Gesamtorgan-, Ausschuss- und Delegiertensitzungen	327
3.	Universalversammlungen	328
VII.	Präsenz- und "Zustimmungs"-Quoren	328
1.	Allgemeines Präsenzquorum	328
2.	OR 716	330
VIII.	Stimmenquoren	334
IX.	Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten	338
3. TEIL: ENTWURF		341
§ 9	Generalversammlungs-Quoren	343
I.	Vorbemerkung	343
II.	E 629 II	347
III.	E 654 und 656f IV i.V.m. E 703; E 657 IV	347
IV.	E 703	348
V.	E 704 I	348
1.	Quorum	348
a)	Umschreibung und Art	348
b)	Sinn und Zweck	349
c)	Berechnung	349
d)	Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten	350
2.	Anwendungsbereich	350
a)	Die Aenderung des Gesellschaftszweckes und die Einführung von Stimmrechtsaktien	350
b)	Die Beschränkung der Uebertragbarkeit von Namenaktien	351
c)	Die genehmigte oder die bedingte Kapitalerhöhung	352
d)	Die Kapitalerhöhung aus Eigenkapital, gegen Sacheinlage oder zwecks Sachübernahme und die Gewährung von besonderen Vorteilen	353
e)	Die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft	354
f)	Die Auflösung der Gesellschaft ohne Liquidation	354
g)	Kritik	355
VI.	E 701	356

§ 10 Verwaltungsrats-Quoren	357
I. Vorbemerkung	357
II. E 713 I	357
1. Quorum	357
a) Umschreibung	357
b) Art	357
c) Sinn und Zweck	359
d) Berechnung	359
e) Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten	359
2. Anwendungsbereich	360
III. Universalversammlungen und Zirkulationsbeschlüsse	360
Anhang: Sachregister	XXXIX

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a.a.O.	am angeführten Ort
abs.	absolutes(r)
a.E.	am Ende
aOR	altes Obligationenrecht = Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14.7.1881
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen (Köln)
(d)AktG	(Deutsches) Aktiengesetz vom 6.9.1965
AK	Aktienkapital
a.M.	anderer Meinung, am Main
Anm.	Anmerkung, Fussnote
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (Bern)
ASR	Abhandlungen zum Schweizerischen Recht (Bern)
BB	Bundesbeschluss
BB	Der Betriebs-Berater (Heidelberg)
Bd.	Band
Berner Kommentar	Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Bern)
BG	Bundesgesetz
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtes (Lausanne)
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Detmold)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
Botschaft	Botschaft des Bundesrates zum Gesetzesentwurf über die Revision des 26. Titels des Schweizerischen Obligationenrechts vom 23. Februar 1983 (Sonderdruck)
Botschaft 1928	Botschaft des Bundesrates zum Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24 bis 33 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 21.2.1928 (Sonderdruck) vgl. BB1 1928 I 205ff
BSR	Basler Studien zur Rechtswissenschaft (Basel und Frankfurt am Main)
BV	Bundesverfassung

Diss.	Dissertation
E	Erwägung(en), Entscheid, Entwurf
Entwurf	Entwurf zu einem Bundesgesetz betreffend die Revision des 26. Titels des Obligationenrechts vom 23. Februar 1983
f/ff	folgende/fortfolgende
Fr.	Franken
GK	Grundkapital
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GS	Genussschein
GV	Generalversammlung
hg., Hg.	herausgegeben, Herausgeber
HReg	Handelsregister
HRV	V über das Handelsregister vom 7.6.1937
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
Lfg.	Lieferung
Lit.	Literatur
lit.	litera
MaschSchr.	Maschinenschrift, Vervielfältigung
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweis
m.W.	meines Wissens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note, Randnote
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OR	Obligationenrecht vom 30.3.1911/18.2.1936
Pra.	Die Praxis des Bundesgerichtes (Basel)
ProtExp 1926	Protokoll der Expertenkommission für die Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts (Bern 1926)
ProtExp 1928	Protokoll der Expertenkommission für die Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts (Bern 1928)
PS	Partizipationsschein
rel.	relatives(r)
RGE	Reichsgerichtsentscheid
RGZ	Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen (Leipzig)
RZ	Randziffer
S.	Seite

s.	siehe
S.A.	Société anonyme
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.4.1889
SHZ	Schweizerische Handelszeitung (Zürich)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Basel und Stuttgart)
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Bern)
SSTR	Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer (Zürich)
ST	Der Schweizer Treuhänder, Monatsschrift für Revision, Rechnungswesen und Beratung (Zürich)
StenBull NR/StR	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat/Ständerat (Bern)
StR	Steuer-Revue (Bern)
u.E.	unseres Erachtens
u.v.a.	und viele andere
V	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung(en)
VR	Verwaltungsrat
VE	Vorentwurf zu einem Bundesgesetz betreffend die Aenderung des 26. Titels des Obligationenrechts (Die Aktiengesellschaft) vom 15.9.1975
WR	Wirtschaft und Recht, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluss des Sozial- und Arbeitsrechts (Zürich)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
zit.	zitiert
ZBR	Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft (Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Berlin/New York)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Stuttgart)
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich)

ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)
ZStP	Zürcher Studien im Privatrecht (Zürich)
Zürcher Kommentar	Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht (Zürich)

LITERATURVERZEICHNIS

- Albers-Schönberg M.:** Haftungsverhältnisse im Konzern (Diss. Zürich 1980 = SSHW 44).
- Allemann F.:** Das Verhältnis des Reglementes zu den Statuten der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1951).
- Bär R.:** Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, ZBJV 95 (1959) 369ff, zit. Bär, Minderheitenschutz.
- Bär R.:** Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 85 (1966) II 321ff, zit. Bär, aktuelle Fragen.
- Bär R.:** Die Aktienrechtsreform unter dem Gesichtspunkt des Systems des Gesellschaftsrechts, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Probleme der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSHW 74) 137ff, zit. Bär, Aktienrechtsreform.
- Bär R.:** Das Beschlussquorum bei Kapitalerhöhungen und Stimmrechtsaktien, SAG 58 (1986) 88f, zit. Bär, Gutachten.
- Balastèr P.:** Die qualifizierte Kapitalerhöhung bei Aktiengesellschaften (Diss. Zürich 1953).
- Bartlomé F.:** Die Statuten der Aktiengesellschaft (Statutenentwurf, Statuten und Statutenänderungen) (Diss. Bern 1949).
- Beer M.:** Der Minderheitenschutz im Aktienrecht (Diss. Bern 1944).
- Benoît A.:** La représentation de groupes et de minorités d'actionnaires à l'administration des sociétés anonymes (Code des obligations, article 708 alinéas 4 et 5). Etude des règles suisses d'organisation et aperçu de quelques solutions étrangères (Thèse Lausanne 1956).
- Benz U.:** Aktienbuch und Aktionärswechsel (Diss. Zürich 1981 = SSHW 63).
- Bianchi F.:** Die Traktandenliste der Generalversammlung der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1982 = SSHW 64).
- Biber E.:** Die Stimmrechtsaktie nach deutschem, französischem und schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1940).
- Böckli P.:** Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter (Diss. Basel 1961 = BSR 61), zit. Böckli, Aktienstimmrecht.
- Böckli P.:** Reformvorschläge für die Verwaltung aus der Sicht der Arbeitsgruppe, in: Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSTR 59) 75ff, zit. Böckli, Reformvorschläge.
- Böckli P.:** Revision des Aktienrechts, SJZ 80 (1984) 257ff, zit. Böckli, Revision.
- Bruderer O.:** Das Antragsrecht des Aktionärs (Diss. St. Gallen 1980).

- Brunner M.:** Streifzug durch die Statuten schweizerischer Publikums-Aktiengesellschaften. Eine aktienrechtliche Studie (Bern 1976 = ASR NF 444).
- Bucher E.:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Zürich 1979).
- Buchmann P.:** Organisation der Verwaltungsräte in 20 der grössten Aktiengesellschaften in der Schweiz (Diss. oec. Zürich 1976 = Schriftenreihe des Instituts für betriebswirtschaftliche Forschung an der Universität Zürich Bd. 17).
- Bürgi W. F.:** Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Bd. V/b/1-3: 1. Halbband: Rechte und Pflichten der Aktionäre (OR 660-697) (Zürich 1957); 2. Halbband: Organisation der Aktiengesellschaft (OR 698 - 738) (Zürich 1969).
- Bürgi W. F.:** Das Problem des Minderheitenschutzes im schweizerischen Aktienrecht, SAG 29 (1956/7) 51ff, zit. Bürgi Minderheitenschutz.
- Burckhardt M.:** Die Pflichten und die Verantwortlichkeit der Verwaltung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem, französischem und deutschem Recht (Diss. Basel 1969, MaschSchr.).
- Burckhardt S.:** Der Erwerb eigener Aktien und Stammanteile (Basel und Frankfurt am Main 1983 = BSR (A) 7).
- Cafilisch S.:** Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1961).
- Couchepin R.:** Die Praxis des Bundesgerichts in Handelsregistersachen. Sammlung von Entscheiden (Zürich 1946).
- Demarmels M.:** Die Genuss- und Partizipationsscheine nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht (Diss. Zürich 1985).
- Deschenaux H.:** Der Einleitungstitel, in: SPR II (Basel und Stuttgart 1967) 1ff.
- Dessemond F.:** Droit suisse des sociétés anonymes: Répertoire des arrêts fédéraux et cantonaux (Lausanne 1986).
- Diethelm O.:** Grundsätzliches zur Frage der Auflösung handelsrechtlicher Körperschaften (Diss. Zürich 1953).
- Duden K.:** Beschlussfassung im Dreier-Aufsichtsrat, BB (1950) 803ff.
- Egger A.:** Einleitung und Personenrecht, Zürcher Kommentar, Bd. I (2.A. Zürich 1930).
- Egger A.:** Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, ZSR 45 (1926) 1ff.
- Eigenmann E. J.:** Das Reglement der Aktiengesellschaft, in: Die AG im neuen OR, Heft 11 (Zürich 1952).
- Engel P.:** Le calcul des votes et des majorités en droit privé suisse, SJZ 81 (1985) 302ff.
- Ensslin R.:** Das Recht auf Anfechtung gesetzes- oder statutenwidriger Generalversammlungsbeschlüsse (Diss. Zürich 1930).
- Erb K.:** Rechtsstellung und Organisation der gemischtwirtschaftlichen Bankunternehmen der Schweiz (Diss. Zürich 1938).

- von Escher W.:** Die Erhöhung des Aktienkapitals durch Ausgabe von Gratisaktien und durch Gratisnennwerterhöhung der Aktien (Nominelle Kapitalerhöhung. Eine betriebswirtschaftliche Untersuchung (Diss. oec. Zürich 1967).
- Feldmann H.:** Beschluss und Einzelstimme im schweizerischen Gesellschaftsrecht (Diss. Bern 1953).
- Finke F.-J.:** Die Nichtigkeit von Beschlüssen der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft (Diss. Bonn 1928).
- Forstmoser P.:** Zur Revision des schweizerischen Aktienrechts, in: ZBGR 54 (1973) 77ff, zit. Forstmoser, Revision.
- Forstmoser P.:** Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen (Zürich 1978 = SSHW 30), zit. Forstmoser, Verantwortlichkeit.
- Forstmoser P.:** Schweizerisches Aktienrecht, Bd. 1/Lfg. 1 (Zürich 1981) und Lfg. 2 (Manuskript), zit. Forstmoser, Aktienrecht.
- Forstmoser P.:** Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: "Freiheit und Verantwortung im Recht", Festschrift Meier-Hayoz (Bern 1982) 125ff, zit. Forstmoser, Organbegriff.
- Forstmoser P.:** Die Arbeit fertigmachen, Bilanz 10 (1983) 104ff, zit. Forstmoser, Bilanz.
- Forstmoser P.:** Die Behandlung der personenbezogenen AG im Entwurf für eine Reform des Aktienrechts, SAG 56 (1984) 50ff, zit. Forstmoser, personenbezogene AG.
- Forstmoser P.:** Kritische Beurteilung der Reformvorschläge für die Verwaltung, in: Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSTR 59) 57ff, zit. Forstmoser, Reformvorschläge.
- Forstmoser P.:** Würdigung der Aktienrechtsreform aus der Sicht der Rechtswissenschaft, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Probleme der Aktienrechtsreform, (Zürich 1984 = SSIW 74) 109ff, zit. Forstmoser, Aktienrechtsreform.
- Forstmoser P.:** Gesetzliches Leitbild und Rechtswirklichkeit im schweizerischen Aktienrecht, in: FIDES Mitteilungen, Sondernummer "75 Jahre FIDES" (Februar 1985) 13ff, zit. Forstmoser, Leitbild.
- Forstmoser P./Hirsch A.:** Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts: Einige konkrete Vorschläge SAG 57 (1985) 29ff, zit. Forstmoser/Hirsch, Vorschläge.
- Forstmoser P./Meier-Hayoz A.:** Einführung des schweizerischen Aktienrecht (3.A. Bern 1984).
- Frei R.:** Zur Frage des Stichentscheides des Vorsitzenden der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, SAG 23 (1950/51) 225ff, zit. Frei, Stichentscheid.
- Frei R.:** Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung der Generalversammlung nach schweizerischem Aktienrecht, in: Beiträge aus der Treuhandpraxis. Festgabe der Allgemeinen Treuhand AG zum 60. Geburtstag ihres Verwaltungsratspräsidenten Herrn Hans Müller (Bern 1961) 106ff, zit. Frei, Beschlussfähigkeit.

- Frei U.G.:** Nichtige Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1962).
- Frey M.:** Statutarische Drittrechte im Schweizerischen Aktienrecht (Diss. Bern 1979).
- Fröhlich E.:** Vom zwingenden und nicht-zwingenden Privatrecht (Diss. Zürich 1922).
- Funk F.:** Kommentar des Obligationenrechts: Das Recht der Gesellschaften (2.Bd. Aarau 1951).
- Fussan H.M.:** Organe der AG (Frankfurt am Main 1978).
- Gauch P./Schluep W.R./Jäggi P.:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (2.A. Zürich 1981).
- Geilinger U.:** Die erschwerten Beschlüsse der Generalversammlung der Aktionäre (Diss. Zürich 1948).
- Geitner D.:** Die ersten höchstrichterlichen Urteile zum Mitbestimmungsgesetz 1976, AG 27 (1982) 212.
- Gerhard W.:** Die Aenderung von Zweck und Gegenstand in der Aktiengesellschaft im schweizerischen sowie im deutschen und französischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1957).
- Germann O.A.:** Grundsätze der Gesetzesauslegung, ZSR 43 (1924) 193ff.
- Gessler E.:** Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und Satzungsbestimmungen, ZGR 9 (1980) 427.
- Giroud R.:** Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1980 = SSHW 50).
- Glaser K.W.L.W.:** Zuständigkeit und Bedeutung der ordentlichen Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft mit besonderer Berücksichtigung ihrer Stellung zu einer ausserordentlichen Generalversammlung (Diss. Erlangen 1933).
- Glattfelder H.:** Die Aktionärsbindungs-Verträge, ZSR 78 (1959) II 141aff.
- Gloor M.O.:** Die Nichteinhaltung der Formvorschriften bei der Universalversammlung, SAG 22 (1949/50) 103ff.
- Goldschmidt R.:** Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts (Diss. St. Gallen 1937).
- von Greyerz Ch.:** Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft de lege ferenda, SJZ 72 (1976) 53ff, zit. von Greyerz, Schutz der Minderheit.
- von Greyerz Ch.:** Besprechung von BGE 100 II 384ff, SAG 48 (1976) 163ff, zit. von Greyerz, Besprechung.
- von Greyerz Ch.:** Bilanzgenehmigung, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer (Bern 1980), zit. von Greyerz, Bilanzgenehmigung.

- Weiss G.:** Die nicht entziehbaren Rechte des Aktionärs, SJZ 39 (1942/43) 513ff, 529ff, zit. Weiss, Rechte des Aktionärs.
- Weiss G.:** Berner Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Abt. Das Aktienrecht, 1. Lieferung: Einleitung (Bern 1956, Nachdruck 1968 = ASR NF 385), zit. Weiss, Einleitung.
- Wertheimer M.:** Die Organisation des Vereins nach dem schweizerischen Privatrecht (Zürich 1928).
- Widmer J.:** Die Organisation der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1945).
- Wiedemann H.:** Gesellschaftsrecht Bd. I: Grundlagen (München 1980).
- Wieland K.:** Handelsrecht, 2. Bd.: Kapitalgesellschaften (München/ Leipzig 1931).
- Wiethölter R.:** Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht (Karlsruhe 1961).
- Winkler-Krämer W.:** Der aktienrechtliche Minderheitenschutz (Diss. Berlin und Leipzig 1928).
- Wolf E.:** Die Stellung des Verwaltungsrates und des Aktionärs bei Interessenkollisionen mit der Aktiengesellschaft, SAG 11 (1938/39) 1ff, 33ff, 58ff.
- Wolfsers A.:** Die Verwaltungsorgane der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1917 = ZBR 66).
- Würzer W.:** Die Zuordnung der Rechte aus gespaltenen Aktien (Diss. Bern 1982 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht 1).
- Wyder T.:** Die Protokollführung im Schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1956).
- Zehnder A.:** Die Generalversammlung bei den Aktiengesellschaften insbesondere nach dem Schweizerischen Obligationenrecht mit Berücksichtigung der deutschen und französischen Gesetze (Diss. Bern 1922).
- Zimmermann H.:** Stimmrechtsaktien und ähnliche Rechtsgebilde, in: Die AG im neuen OR (Zürich 1951).
- Zindel G.:** Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1984 = SSHW 78).
- Zinke W.:** Der Stimmrechtsausschluss des Aktionärs in der Generalversammlung bei Interessenkollisionen nach schweizerischem und deutschem Recht (Diss. Zürich 1939).
- Zöllner W.:** Die Konzentration der Abstimmungsvorgänge auf grossen Hauptversammlungen, ZBR 3 (1974) 1ff.

- Strub A.:** Die Ungültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft. Eine rechtstheoretische und dogmatische Untersuchung (Diss. Zürich 1963 = ASR 350).
- Tappolet K.:** Schranken konzernmässiger Abhängigkeit im schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1973 = ZBR 414).
- Teilrevision des Aktienrechts:** Vorentwurf der Eidg. Justizabteilung vom September 1975 - Stellungnahme der Kammer - Aus anderen Stellungnahmen - Bibliographie (Zürich 1976 = SSTR 18).
- Tercier P.:** La dissolution de la société anonyme pour justes motifs (art. 736 ch. 4 OR), SAG 46 (1974) 67ff.
- Tillmann E.:** Das Depotstimmrecht der Banken (Diss. Zürich 1985 = SSHW 80).
- von Tuhr A./Peter H., von Tuhr A./Escher A.:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I und II (Zürich 1974 und 1979).
- Vischer B.:** Das autorisierte Kapital im amerikanischen und schweizerischen Aktienrecht (Diss. Bern 1977 = ASR 452), zit. Vischer, Kapital.
- Vischer F.:** Die Aktienrechtsreform aus der Sicht des Verwaltungsrats, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Probleme der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSHW 74) 155ff, zit. Vischer, Aktienrechtsreform.
- Vischer F./Rapp F.:** Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts (Bern 1968).
- Vogel H.-A.:** Die Familienkapitalgesellschaften, Typologische Grundlegung und Probleme der Rechtspraxis (Diss. Zürich 1974 = SSHW 4).
- Vogel W.C.:** Aktienrecht und Aktienwirklichkeit - Organisation und Aufgabenteilung von Vorstand und Aufsichtsrat (Diss. Giessen 1980).
- von Waldkirch B.:** Die Handlungsfähigkeit der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1953).
- Wander J.:** Die Organe der Aktiengesellschaft und ihr gegenseitiges Verhältnis nach deutschem, französischem und schweizerischem Recht (Diss. Bern 1958).
- Weber H.:** Formelle Voraussetzungen statutenändernder Beschlüsse der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1953).
- Weber-Dürler H.P.:** Gesellschafterversammlung, Urabstimmung und Delegiertenversammlung als Beschlussfassungsformen im schweizerischen Gesellschaftsrecht (Diss. Zürich 1973 = ASR NF 420).
- Weder F.X.:** Rechtsmängel in den Beschlüssen der Aktionärenversammlungen, (Au 1927).
- Wehrli D.:** Die Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft als Beispiel der Umwandlung einer Körperschaft unter Berücksichtigung der steuerlichen Folgen (Diss. Zürich 1976 = SSHW 16).
- Wehrli U.:** Der fehlerhafte Verwaltungsratsbeschluss einer Aktiengesellschaft, SJZ 40 (1944) 100ff.

- Siegwart A.:** Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar Bd. V/5a, Allgemeine Bestimmungen (OR 620 - 659) (Zürich 1945).
- Siegwart A.:** Die Anfechtung von Beschlüssen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, SJZ 39 (1942/43) 421ff, zit. Siegwart, Anfechtung.
- Spieß A.:** Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung der Aktionäre unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und französischen Rechts. Ein Beitrag zur Frage des Minderheitenschutzes. (Diss. Zürich 1941).
- Stahelin M.:** Die Bedeutung der Materialien für die Auslegung des neuen Obligationenrechts, ZSR 58 (1939) 19ff, zit. Stahelin, Materialien.
- Stahelin M.:** Gedanken zur Organisation der Aktiengesellschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von Erwin Ruck (Basel 1952) 249ff, zit. Stahelin, Organisation.
- Stauber E.F.:** Das Recht des Aktionärs auf gesetz- und statutenmässige Verwaltung (Diss. Zürich 1985 = SSHW 79).
- Stebler O.:** Die Nichtigkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrats der Aktiengesellschaft (Freiburg 1944).
- Stehli M.:** Aktionärsschutz bei Fusionen... (Diss. Zürich 1975 = SSHW 7).
- von Steiger F.:** Der Verwaltungsrat und sein Präsident. Aufgaben und Befugnisse, in: Die AG im neuen OR, Heft 4 (Zürich 1939), zit. F. v. Steiger, Verwaltungsrat.
- von Steiger F.:** Die sog. Universalversammlung der Aktionäre, SAG 12 (1939/40) 193ff, zit. F. v. Steiger, Universalversammlung.
- von Steiger F.:** Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz (4. A. Zürich 1970) zit. F. v. Steiger, Aktiengesellschaft.
- von Steiger F.:** Formulare über Gesellschaftsstatuten (Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genossenschaft) (3.A. Zürich 1972), zit. F. v. Steiger, Formulare.
- von Steiger W.:** Betrachtungen über die rechtlichen Grundlagen der Aktiengesellschaft, ZBJV 91bis (1955) 334ff, zit. W. von Steiger, Betrachtungen.
- von Steiger W.:** Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürcher Kommentar Bd. V/5c (Zürich 1965).
- Steiner E.:** Die konstituierende Generalversammlung der Aktiengesellschaft, SAG 11 (1938/39) 83ff, zit. Steiner, Generalversammlung.
- Steiner E.:** Beschlussunfähigkeit des Verwaltungsrates, SAG 14 (1941/2) 56ff, zit. Steiner, Beschlussunfähigkeit.
- Steiner E.:** Aktiengesellschaften ohne Mehrheit, SAG 16 (1943/44) 165, zit. Steiner, Aktiengesellschaften.
- Stockmann H.:** Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi (Zürich 1971) 387ff.

- Schaub M.-A.:** Droit des sociétés anonymes: Quelle majorité au conseil d'administration ?, SJZ 82 (1986) 159ff.
- Scherrer W.:** Die Cognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, WR 18 (1963) 50ff.
- Schett A.:** Stellung und Aufgaben der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bei der Durchführung der ordentlichen Generalversammlung (Diss. Zürich 1977).
- Schilling W.:** Gesellschafterbeschluss und Insichgeschäft, in: Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975 (Berlin 1975) 257ff.
- Schluep W.R.:** Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht (Diss. St. Gallen 1955) zit. Schluep, wohlerworbene Rechte.
- Schluep W.R.:** Anfechtungsrecht und Schutz des Aktionärs, SJZ 54 (1958) 209ff, zit. Schluep, Anfechtungsrecht.
- Schluep W.R.:** Theoretische Grundlage des Minderheitenschutzes und Neukonzeption des Gesetzesentwurfs, in: Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSTR 59) 47 ff, zit. Schluep, theoretische Grundlagen.
- Schönenberger W./Jäggi P.:** Das Obligationenrecht, Einleitung und Kommentierung von Art. 1 - 17, Zürcher Kommentar Bd. V/1a (Zürich 1973).
- Schorer P.:** Verstärkung von Stellung und Funktion der Organe, SAG 55 (1983) 117ff.
- Schreiber Ch.:** Die Zweckbindung bei der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1974).
- Schucany E.:** Die Beschlussfassung des Verwaltungsrats, SAG 30 (1957/58) 167ff, zit. Schucany, Beschlussfassung.
- Schucany E.:** Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Schweizerisches Obligationenrecht, 26. und 27. Titel: Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft (2.A. Zürich 1960).
- Schucany E.:** Verantwortlichkeit wegen Absenz und Stimmenthaltung im Verwaltungsrat, SJZ 60 (1964) 229ff, zit. Schucany, Verantwortlichkeit.
- Schucany E.:** Anfechtbarkeit von zweckändernden Generalversammlungsbeschlüssen, welche die Selbständigkeit der AG tangieren, SAG 37 (1965) 9ff, zit. Schucany, Anfechtbarkeit.
- Schucany G.:** Die Willensbildung der Verwaltung der Aktiengesellschaft, SAG 32 (1959/60) 1ff, zit. G. Schucany, Willensbildung.
- Schulthess B.:** Funktionen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1967).
- Schulz-Dornburg S.:** Die Verwaltung der Aktiengesellschaft in Deutschland und der Schweiz (Diss. Zürich 1966).
- Schumacher Iso:** Beistandschaft in der AG (Diss. Zürich 1981 = ZStP 18).

- Nenninger J.:** Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht (Diss. Basel 1969). (Ueberarbeitete Fassung 1974 = BSR 105).
- Nenninger J.:** Einige Ueberlegungen zum Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft, SAG 47 (1975) 135ff.
- Niggli A.:** Die Aufsicht über die Verwaltung der Aktiengesellschaft im schweizerischen Recht (Diss. Bern 1981).
- Oftinger K.:** Ueberblick über die Problematik und einige Hauptpunkte der Interpretation, SJZ 63 (1967) 353ff.
- Okur Y.T.:** L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale des actionnaires dans la société anonyme (Neuchâtel 1965).
- Ott E.E.:** Das Bezugsrecht der Aktionäre (Diss. Zürich 1962 = ASR NF 347).
- Patry R.:** Précis de droit suisse des sociétés, Vol. II: La société anonyme, les sociétés mixtes (Bern 1977).
- Pelli F.:** Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung als Schranke der Ermessensfreiheit der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1978).
- Peyer H.K.:** Die Zweimann-Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1963 = ASR 352).
- Peyer R.:** Nichtige und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1944).
- Pfitzmann H.-J.:** Ausschluss und Austritt aus der personalistischen Kapitalgesellschaft (Diss. Frankfurt a.M. 1974).
- Pinösch O.:** Aus welchen Gründen kann die Aktiengesellschaft aufgelöst werden? (Diss. Basel 1946 MaschSchr.).
- von Planta A.:** Die Haftung des Hauptaktionärs (Diss. Basel 1981 = BSR 3).
- Plüss M.:** Der Schutz der freien Aktionäre im Konzern (Diss. St. Gallen 1977).
- Recordon P.-A.:** La protection des actionnaires lors des fusions et scissions de sociétés en droit suisse et en droit français (Thèse Genève 1974 = Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève 45).
- Reymond J.A.:** Les réformes relatives à l'administration, in: Révision du droit des sociétés anonymes (Zürich 1984 = SSTR 60) 59ff.
- Rohrer K.W.:** Aktienrechtliche Anfechtungsklage (Diss. Bern 1979).
- Rossel V./Mentha F.H.:** Manuel de droit civil suisse (2e éd. Lausanne et Genève 1922).
- Ruedin R.:** La protection des actionnaires minoritaires, SAG 55 (1983) 105.
- Schaad H.-P.:** Das Depotstimmrecht der Banken nach schweizerischem und deutschem Recht (Diss. Zürich 1972 = ZBR NF 398).
- Schaffner J.:** Die Grenzen der Vertragsfreiheit und Treu und Glauben in den Beschlüssen der Generalversammlung (Diss. Bern 1940).

- Lanz P.:** Die Freiheit bei der Gestaltung des Stimmrechts des Aktionärs, SAG 44 (1972) 12ff, zit. Lanz, Freiheit.
- Mandel R.:** Die richterliche Interessenabwägung in der Frage des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes (Diss. St. Gallen 1974).
- Meier R.:** Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages (Diss. Zürich 1986 = SSHW 83).
- Meier-Hayoz A.:** Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss (Diss. Zürich 1948), zit. Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip.
- Meier-Hayoz A.:** Der Richter als Gesetzgeber (Zürich 1951), zit. Meier-Hayoz, Richter.
- Meier-Hayoz A.:** Zur Gesetzes- und Vertragsauslegung, SJZ 52 (1956) 173ff, zit. Meier-Hayoz, Auslegung.
- Meier-Hayoz A.:** Kommentar zur Art. 1 ZGB, in: Berner Kommentar zum ZGB, Bd. I/1: Einleitung (Bern 1962, Nachdruck 1966).
- Meier-Hayoz A./Forstmoser P.:** Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts (5.A. Bern 1984).
- Meier-Wehrli J.:** Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR / 41 ff. BkG (Diss. Zürich 1968 = ZBR 296).
- Mengiardi P.:** Statutarische Auflösungsgründe im Recht der Aktiengesellschaft, in: Lebendiges Aktienrecht. Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi (Zürich 1971) 265ff, zit. Mengiardi, Auflösungsgründe.
- Mengiardi P.:** Die wichtigsten Reformen im Dienste des Minderheitenschutzes, in: Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSTR 59) 36ff, zit. Mengiardi, Reformen.
- Mengiardi P.:** Verbesselter Minderheitenschutz, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSHW 74) 75ff, zit. Mengiardi, Minderheitenschutz.
- Mertens H.-J.:** Stimmabgabe abwesender Aufsichtsratsmitglieder nach § 108 Abs. 3 AktG, AG 22 (1977) 210ff.
- Mielke H.:** Die Rechtsstellung der Hauptversammlung im geltenden und kommenden deutschen Aktienrecht in einem Vergleich mit der Rechtsstellung der schweizerischen Generalversammlung (Diss. Basel 1964 MaschSchr.).
- Mijalcovic V.:** Die wirtschaftliche und rechtliche Stellung des Kleinaktionärs (Diss. Bern 1941).
- Möser G.:** Die Gesellschaftsversammlung der AG (Berlin 1925).
- Mohr J.P.:** Die Abgrenzung der Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrats der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1951).
- Moser R.:** Der Minderheitenschutz im brasilianischen und schweizerischen Aktienrecht (Bern und Stuttgart 1972 = Schriftenreihe Lateinamerikanische Studien Nr. 6).

- Jäggi P.:** Zur Schaffung von privilegierten Aktien und von Genussscheinen (Der Anwendungsbereich von Art. 655, Art. 648 Abs. 1 und Art. 658 OR), in: *Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry* (Genève 1964) 79ff (= *Privatrecht und Staat* [Zürich 1976] 404ff), zit. Jäggi, privilegierte Aktien.
- Jagmetti C.:** Die Nichtigkeit von Massnahmen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1958).
- Janggen A./Becker H.:** Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, *Berner Kommentar* Bd. VII/3 (Bern 1939).
- Jndermaur M.:** Die Minoritätenrechte im Aktienrecht (Diss. Zürich 1928).
- Kaestlin J.:** Die Funktionen der Generalversammlung der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1973).
- Kamber M.:** Die Aktienrechtsreform aus der Sicht des Gewerbevertreters: Benachteiligte Klein- und Mittelbetriebe, *ST* 11 (1983) 45ff.
- Kemahlioglu G.:** Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft im türkischen Recht mit Vergleich des deutschen und schweizerischen Rechts (Diss. München 1964).
- Keuk-Knobbe B.:** Das Klagerecht des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft wegen gesetz- und satzungswidriger Massnahmen der Geschäftsführung, in: *Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975* (Berlin 1975) 240ff.
- Kistler P.:** Die Beschlussfassung in der Generalversammlung, *SAG* 31(1958/59) 149f, zit. Kistler, Beschlussfassung.
- Kistler P.:** Die Universalversammlung, *SAG* 29 (1956/7) 101ff, zit. Kistler, Universalversammlung.
- Kölz A.:** Probleme des kantonalen Wahlrechts, *ZBl* 88 (1987) 1ff und 49ff.
- König W.:** Statut, Reglement, Observanz (Diss. Zürich 1934).
- Kohler F.:** Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft (Diss. Bern 1950 = *ASR* 278).
- Kolb A.:** Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktienrecht (Diss. Zürich 1935).
- Krebs U.F.:** Gefährdung und Schutz der Minderheit bei Kapitalerhöhungen in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1980).
- Kübler F.:** Gesellschaftsrecht (2.A. Karlsruhe 1986).
- Künzli M.:** Die Veräusserung von Aktienmehrheiten aus zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (Diss. Zürich 1982).
- Kuster P.:** Die Mitverwaltungsrechte des Körperschafters nach schweizerischem Privatrecht (Diss. Basel 1966 *MaschSchr.*).
- Landolt E.:** Beiträge zum Recht der Generalversammlung (Diss. Zürich 1922).
- Lanz P.:** Gesetzgeberische Versehen im Aktienrecht, *SAG* 19 (1946/47) 237 ff, zit. Lanz, Versehen.

- Hess B.:** Die mangelhafte Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft (Diss. Freiburg i.Ue. 1977 = SSHW 24).
- Hinderling H.:** Ueber die Zulässigkeit mehrstimmiger Aktien nach schweizer. OR, ZSR 48 (1929) 88ff.
- Hirsch A.:** Résumé d'une consultation donnée en 1976, SAG 58 (1986) 90f, zit. Hirsch, Gutachen.
- Hofer H.:** Die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem und deutschem Recht unter Mitberücksichtigung des Aufsichtsrates, ein Vergleich (Diss. Bern 1942).
- Hofmann E.M.:** Wandlungen und Tendenzen in der Machtstellung und Zusammensetzung der Verwaltung privater Aktiengesellschaften (Diss. St.Gallen 1954).
- Homburger E.:** Hundert Jahre Minderheitenschutz durch Gesetz und Rechtsprechung, in: Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht (Freiburg [Schweiz] 1982), zit. Homburger, Minderheitenschutz 283ff.
- Homburger E.:** Zum Minderheitenschutz, SAG 56 (1984) 75ff, zit. Homburger, Minderheitenschutz.
- Homburger E.:** Notizen, SAG 57 (1985) 145, zit. Homburger, Notizen.
- Horber F.:** Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG und ihre Auswirkungen auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit unter Berücksichtigung des Entwurfs zu einem neuen Aktienrecht (Diss. Zürich 1986 = SSHW 84).
- Horn A.:** Zum Mitverwaltungs- und Kontrollrecht der Aktionäre, AG 14 (1969) 369ff.
- Horowitz H.:** Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften auf Aktien (Berlin 1913).
- Hueck A.:** Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften (Mannheim/Berlin/Leipzig 1924), zit. Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit.
- Hueck A.:** Das Recht der Generalversammlungsbeschlüsse und die Aktienrechtsform (Berlin 1933), zit. Hueck, Generalversammlungsbeschlüsse.
- Hüppi D.:** Die Methode zur Auslegung der Statuten (Diss. Zürich 1971 = ZBR 373).
- Hug W.:** Zur Revision des Schweizerischen Aktienrechts (St.Gallen 1934).
- Hunziker A.:** Neuerungen in der Stellung und Verantwortlichkeit der Organe, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSHW 74) 89ff.
- Jacusi H.:** Gültige und fehlerhafte Generalversammlungsbeschlüsse bei Aktiengesellschaften (Königsberger Diss. Leipzig 1928).
- Jäggi P.:** Vom Abstimmungsverfahren in der Aktiengesellschaft, in: Festgabe Max Obrecht (Solothurn 1961), zit. Jäggi, Abstimmungsverfahren.

- von Greyerz Ch.:** Die Aktiengesellschaft, in: SPR VIII/2 (Basel und Frankfurt am Main 1982) 1ff, zit. von Greyerz, Aktiengesellschaft.
- von Greyerz Ch.:** Ordentliche und genehmigte Kapitalerhöhung, SAG 55 (1983) 94ff, zit. von Greyerz, Kapitalerhöhung.
- von Greyerz Ch.:** Vom Vorentwurf zur Botschaft, in: Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSTR 59) 9ff, zit. von Greyerz, Vorentwurf.
- von Greyerz Ch.:** Ausgangslage, Probleme und Werdegang der Aktienrechtsreform, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Probleme der Aktienreform, (Zürich 1984 = SSHW 74) 1ff, zit. von Greyerz, Ausgangslage.
- von Greyerz Ch.:** Aktionärsschutz im neuen Aktienrecht, ZBJV 120 (1984) 441ff, zit. von Greyerz, Aktionärsschutz.
- Grossfeld B.:** Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär (Tübingen 1968).
- Guhl T./Merz H./Kummer M.:** Das Schweizerische Obligationenrecht (7.A. Zürich 1980).
- Haefliger P.:** Die Durchführung der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft (Bern 1978 = ASR 455).
- Haymann E.:** Aktienübernahmevereinbarungen zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären. Ein Vorschlag zu einem wirksamen Minderheitenschutz vor allem in kleinen und mittleren Aktiengesellschaften (Diss. Zürich 1973 = SSHW 2), zit. Haymann, Aktienübernahmevereinbarungen.
- Haymann E.:** Der Minderheitsaktionär in der kleinen AG, SAG 46 (1974) 17ff, zit. Haymann, Minderheitsaktionär.
- Haunreiter L.:** Die Beteiligung an Aktiengesellschaften (Diss. Bern 1981).
- Heberlein R.:** Die Kompetenzausscheidung bei der Aktiengesellschaft in der Liquidation unter Mitberücksichtigung der Kollektivgesellschaft nach schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1969).
- Heim J.:** Zur Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats einer Genossenschaft, BB (1950) 578f.
- Heim J.:** Beschlussfassung im Dreier-Aufsichtsrat, BB (1950) 916f.
- Heini A.:** Die Vereine, in: SPR II (Basel und Stuttgart 1967) 515ff.
- Henggeler U.:** Berechtigte und unberechtigte Differenzen des Genossenschaftsrechts gegenüber dem Aktienrecht (Diss. Zürich 1976 = SSHW 19).
- Henn G.:** Handbuch des Aktienrechts 2.A. (Heidelberg 1984).
- Hensel E.:** Das Generalversammlungsrecht der Genossenschaft nach dem neuen schweizerischen Obligationenrecht (Diss. Zürich 1942).
- Herold H.:** Zwingendes Aktienrecht - Untersuchungen über das Wesen des zwingenden Privatrechts (Diss. Zürich 1931 = ZBR 27).
- Hess A.:** Gegenstand und Zweck des Unternehmens, SJZ 35 (1938/39) 177.

1. TEIL

GRUNDLAGEN

§ 1 EINFÜHRUNG

I. GEGENSTAND, ZIEL UND AUFBAU DER ARBEIT

1 Obwohl zum Recht der Generalversammlung und des Verwaltungsrats der AG schon viel publiziert wurde, haben sich Lehre und Rechtsprechung zu den Quorumsbestimmungen nur selten geäußert. Die meisten der vorhandenen Stellungnahmen befassen sich lediglich "am Rande" mit Teilbereichen der Quoren und sind diesbezüglich vielfach nur sehr summarisch abgefasst. So sind diese gewissermassen das "**Stiefkind**" im **Gesellschaftsrecht**¹: Schon der **Begriff des Quorums** ist fast nirgends ausdrücklich abgeklärt, und zum damit in engem Zusammenhang stehenden **Begriff des Beschlusses** finden sich die unterschiedlichsten Meinungen, welche aber die vorbestehenden Ansichten anderer Autoren vielfach unberücksichtigt lassen und oft sogar einer Begründung entbehren. Auch wurden viele Grundsatzfragen in diesem Bereich nur kurz - meist im Zusammenhang mit der Abklärung einer anderen Hauptfrage - erörtert, und eine zusammenhängende Darstellung fehlt.

2 Das einzige ausführliche Werk, welches sich mit Quoren befasst, ist die Monographie von **Ulrich Geilinger**², welche aber hauptsächlich die erschwerten und nicht auch die erleichterten Quoren der Generalversammlung behandelt und sodann diejenigen des Verwaltungsrats ausklammert.

3 Die Rechtsfragen um die Quorumsvorschriften sind aber von **erheblicher praktischer Bedeutung**: Erinnert sei hier einmal an **Artikel 648 I** des geltenden OR, welcher bei der **Einführung von Stimmrechtsaktien** die **Zustimmung von zwei Dritteln des Grundkapitals** verlangt, ein Quorum, welches vor allem bei Publikums-Gesellschaften mit weit gestreutem Aktionärskreis und verödeter Generalversammlung oft nicht mehr zu erreichen ist. Die Abklärung des Anwendungsbereiches dieser Norm ist

1 Aehnlich: Frei, Beschlussfähigkeit 106.

2 Ulrich Geilinger: Die erschwerten Beschlüsse der Generalversammlung der Aktionäre (Diss. Zürich 1948).

daher gerade im Hinblick auf Kapitalerhöhungen von Publikumsgesellschaften von höchster Relevanz ³.

4 Sodann besteht in der Praxis auch eine **Rechtsunsicherheit** betreffend die **innergesellschaftlichen Abweichungsmöglichkeiten** von den gesetzlichen Quoren und ihre Ausgestaltung ⁴. Auch sind die Rechtsfolgen der Nichtbeachtung von Quorumsbestimmungen sowie deren Berechnung strittig ⁵.

5 Seit 1983 liegt zusätzlich der **Entwurf für eine Teilrevision des Aktienrechts** vor. Diese Gesetzesvorlage enthält in bezug auf die Quoren **wesentliche Aenderungen**, welche ihrerseits zu erläutern sind. Die Bestimmungen des Entwurfs, welche nicht spezifisch Quoren betreffen, werden im allgemeinen Teil dort, wo auf das geltende Recht Bezug genommen wird, berücksichtigt. Die "neuen" Quorumsbestimmungen werden dagegen im besonderen Teil eingehend erörtert.

6 **Ziel** der vorliegenden Untersuchung ist es daher, die grundlegenden Rechtsfragen um die Quoren zu lösen sowie einen umfassenden Ueberblick über die geltenden und künftigen Quorumsbestimmungen des schweizerischen Aktienrechts zu geben. Im zweiten und dritten Teil wird wegen deren praktischer Bedeutung nur auf die Quoren der Generalversammlung und des Verwaltungsrats eingegangen. Die Ausführungen zu den Quoren im ersten Teil gelten aber für die Kontroll- bzw. Revisionsstelle sinngemäss. Der **Aufbau** ist dabei folgender:

7 **Im ersten Teil** werden die Grundfragen erörtert, ausgehend von den Begriffsbestimmungen über die Berechnung bis zu den Rechtsfolgen bei der Verletzung von Quoren. Hier werden also diejenigen Probleme, welche sämtlichen Quorumsarten oder bestimmte Gruppen derselben aufwerfen **vorweggenommen**. Diese Ausführungen haben weitgehend auch für das neue Recht Geltung. Dieses stellt zwar keine neue Quorumsart auf, sondern eliminiert sämtliche Kapital- und Präsenzquoren und enthält nur noch

3 Vgl. dazu hinten § 7 RZ 218 ff.

4 Frei a.a.O. 106. Vgl. dazu hinten § 5 RZ 1 ff.

5 Vgl. dazu hinten § 6 RZ 1 ff.

"reine" Stimmenquoren ⁶. Auf statutarischer Basis können aber die bisherigen Quoren, welche schon hier behandelt sind - allenfalls kombiniert mit einer weiteren Quorumsart ⁷- beibehalten werden.

8 Der **zweite und dritte Teil** beziehen sich ausschliesslich auf die gesetzlichen Quoren des geltenden und künftigen Rechts. Sie entsprechen im Aufbau einer **Gesetzeskommentierung**. Betreffend die grundlegenden Fragen kann weitgehend auf den ersten Teil verwiesen und sodann speziell auf den **Anwendungsbereich** der Quoren eingegangen werden.

9 Selbstverständlich haben die hier erarbeiteten Ausführungen primär für das **Aktienrecht** Relevanz, obwohl auch in anderen Rechtsgebieten dieselben Begriffe verwendet werden. Diese sind im Personengesellschafts-, aber auch im öffentlichen Recht z.T. von den hier dargelegten Erwägungen abweichend zu definieren ⁸, weshalb andere Rechtsgebiete nur **vergleichsweise** beigezogen werden.

II. BEGRIFF DES QUORUMS

10 Der Begriff des Quorums wird im aktienrechtlichen Beschlussfassungsrecht ⁹ häufig verwendet, jedoch fast ausschliesslich betreffend die **GV** und **nicht einheitlich**:

11 Die Mehrheit der Autoren subsumiert darunter generell eine **Präsenzvorschrift**, d.h. eine Norm, welche zur (positiven) ¹⁰ Beschlussfassung

6 Vgl. zum Begriff hinten § 2 RZ 8.

7 Vgl. dazu hinten § 2.

8 Vgl. Stebler 17, Hensel 90f, Horowitz 196.

9 Der Terminus "Quorum" stammt aus dem **Lateinischen** und heisst "**von denen**" (quorum, quarum). Schon daraus wird ersichtlich, dass sich eine Quorumsvorschrift auf eine bestimmte Präsenz oder auf eine bestimmte Anzahl Stimmen ("von den Mitgliedern oder von deren Stimmen") bezieht. (Vgl. auch Duden, Wörterbuch Band 5 (Mannheim/Wien/Zürich 1980) 2085). Dieser Begriff ist mithin weitgehend in die deutsche Sprache rezipiert worden, weshalb wir im folgenden auch "Quoren" erwähnen.

10 Vgl. dazu hinten RZ 85.

die Anwesenheit einer bestimmten Anzahl von Aktienstimmen ¹¹ oder von Aktionären ¹² voraussetzt ^{13 14 15}.

12 Sodann wird auch die Auffassung vertreten, ein Quorum sei im speziellen eine "qualifizierte Mehrheit, die mit dem Grundkapital in Verbindung gebracht wird, eine Mehrheit, die als Abstimmungsgrundlage eine Mehrheit des Aktienkapitals darstellt" ¹⁶, "la portion du capital qui doit être représentée pour une assemblée d'actionnaires" ¹⁷. Danach ist ein Quorum eine **Kapital-Anwesenheitsvorschrift**.

13 Forstmoser/Meier-Hayoz definieren Quoren schliesslich als "Erschwerungen der Beschlussfassung und zwar entweder durch das Erfordernis qualifizierter Anwesenheit (**Präsenzquoren**) oder das der qualifizierten Mehrheit der abgegebenen Stimmen (**Stimmenquoren**)" ^{18 19}.

14 Grundsätzlich wird im folgenden **von dieser Begriffsbestimmung ausgegangen**. Dies zum einen, weil es umständlich wäre in dieser Arbeit jeweils "Quoren und Beschlussfassungsvorschriften" erwähnen zu müssen

11 Vgl. zum Begriff der Stimme hinten § 4 RZ 60 ff.

12 Vgl. hinten § 2 RZ 20 ff.

13 So Allemann 56; Beer 48; Bockli, Aktienstimmrecht 19; Bruderer 25; Engel 302ff; Frei, Beschlussfähigkeit 107f, 109; Frei U.G. 74; Geilinger 17, 38; von Greyerz, Ausgangslage 15; derselbe, Aktionärsschutz 447; Hensel 160f; Kamber 46; Kemahlioglu 51ff; Künzli 20; Lanz, Versehen 237; Mengiardi, Reformen, 37; Pinösch 35f; Rohrer 5ff; Schaad 48; Schaffner 79; Schucany Art. 701 N 1; Stauber 64f; Wiedemann 176.

14 Vgl. auch Duden, Fremdwörterbuch Band 5 (Mannheim/Wien/Zürich 1974) 610 sowie Piccard/Thilo/Steiner: Dictionnaire Français-Allemand (Zürich 1950), welche darunter ebenfalls eine Anwesenheitsvorschrift subsumieren.

Für die Bedeutung dieses Begriffs im **öffentlichen Recht** vgl. Kölz 5, 21 ff. Bei Wahlen kommt einem Quorum dort die Bedeutung einer **Sperrklausel** zu, indem eine Liste einen gewissen Prozentsatz an gültig abgegebenen Stimmen erreichen muss, um an der Mandatsverteilung überhaupt teilnehmen zu können, vgl. Kölz a.a.O. Es handelt sich dort also um eine **Teilnahmebedingung**.

15 Nach dieser Ansicht sind nur die in OR 649 I, II, 655 und 658 enthaltenen Beschlussvorschriften "reine" Quoren, vgl. Bockli a.a.O. 19.

16 Bartomé 59.

17 Lyon (zit. bei Bartomé a.a.O.) 3.

18 Forstmoser/Meier-Hayoz § 20 N 4.

19 Im Ergebnis gleich umschreiben Bär, ST 11 (1983) 53; Jagmetti 60; Künzli 24; Schett 109ff; 111; Schucany Art. 706 N 2A; derselbe, Beschlussfassung 170 und Engel 302; Strub 114; Wieland 96f, 100 Anm. 28 und Funk Art. 648 N 1 das Quorum. Vgl. auch Stauber 64 FN 248 und Schweizer Lexikon Band II (Zürich 1949) 419, wo ein Quorum als die rechtlich erforderliche Zahl von Teilnehmern an einer Abstimmung oder in einem bestimmten Sinn Stimmenden bezeichnet wird.

und zum anderen, weil die vorn aufgeführten Umschreibungen sich zum **Teil decken** und **nicht grundsätzlich verschieden sind**:

15 Jede **Beschlussfassungsvorschrift**, welche nicht auf die jeweils an der GV vertretenen bzw. abgegebenen Stimmen abstellt und welche damit die Zustimmung einer zum vorneherein fixierten Anzahl von Aktienstimmen verlangt, ist gleichzeitig auch eine **Anwesenheitsvorschrift** und damit ein "Quorum" im Sinne der überwiegenden Begriffsumschreibung. **Muss nämlich eine zum voraus bestimmte Anzahl Stimmen** (z.B. 20% des GK) **einem Antrag zustimmen, so müssen diese auch anwesend sein** ²⁰.

16 Sodann findet sich auch beim von einer Minderheit vertretenen Quorumsbegriff, wonach darunter eine auf **Kapitalmehrheit** basierende Anwesenheitsvorschrift zu verstehen ist, eine Gemeinsamkeit mit der herrschenden Definition des Quorums, indem auf eine **bestimmte Anwesenheit** abgestellt wird. Der Ansicht, das Grundkapital sei immer eine Bezugsgrösse der Quoren bzw. diese seien immer nach dem **Grundkapital** zu berechnen, kann jedoch nicht beigespflichtet werden, finden sich doch schon im Gesetz Quorumsvorschriften, die davon abweichen, so z.B. in OR 649 I, wo die Zustimmung einer gewissen Anzahl **Aktien**, wie auch in OR 646 I, wo die Zustimmung "des Aktionärs" verlangt wird ²¹. Im Recht des Verwaltungsrats sind sodann ausschliesslich Kopfquoren enthalten ²².

17 Daher stehen die vorn erwähnten Definitionen allgemein nicht kategorisch in einem Gegensatz zueinander, sondern sind **unterschiedlich weit gefasst**. Die Umschreibung von **Forstmoser/Meier-Hayoz** ist die **weitestgehende** Definition, indem sie als einzige auch noch die "reinen" Stimmenquoren mitumfasst, die - weder nach der Anzahl von Aktionären, noch nach Aktien oder Grundkapital - zum vorneherein festgelegt werden können, da sie von der effektiven Frequenz an der Versammlung bzw. den dort effektiv abgegebenen Stimmen abhängen ²³. Die beiden übrigen Umschreibungen

20 Ebenso Funk Art. 648 N 1, welcher die Kapital-Beschlussfassungsvorschrift von OR 648 als Quorum bezeichnet und Hensel 161 sowie Geilinger 39 und Stauber 64: "Ein Präsenzquorum kann sich indirekt aus den Bestimmungen über die Beschlussfassung ergeben, so wenn ein Antrag nur als angenommen gilt, falls die Mehrheit aller ... Mitglieder zustimmt", sowie Heini 565.

21 Vgl. dazu hinten § 7 RZ 95 ff.

22 Vgl. hinten § 2 RZ 20.

23 Vgl. z.B. OR und E 703 sowie E 704 I und 713 I. (Vgl. hinten § 7 RZ 334 ff sowie § 9

subsumieren unter Quoren lediglich diejenigen Vorschriften, welche sich auf eine zum vornherein fixierte Anzahl von Aktienstimmen beziehen ²⁴. Die erstere "herkömmliche" Definition ist von diesen beiden letzteren wiederum die weitergehende, indem sie allgemein gefasst ist und nicht nur auf Kapitalanteile und eine "Mehrheit" abstellt. Die zweite, herrschende Auffassung ist somit von allen dreien die **engste Variante**.

18 Die Definition Forstmoser/Meier-Hayoz wird nun ihrerseits **präzisiert** bzw. **ergänzt**:

19 Einmal sind die **"gemischten"** Quoren zu erwähnen, welche **gleichzeitig Präsenz- und Stimmenquoren** darstellen ²⁵.

20 Auch stellen Quoren nach der hier vertretenen Ansicht nicht Regeln für das **Zustandekommen eines Beschlusses** generell auf, sondern betreffen lediglich das **Entstehen eines positiven, den gestellten Antrag annehmenden Beschlusses** ²⁶, und sind somit **Konstitutiv-voraussetzungen** für die beantragte Rechtsveränderung ²⁷. Daher setzen wir auch den Terminus **"befürwortend"** vor das Wort 'Quorum'.

21 Sodann ist der Begriff **"qualifizierte Mehrheit"** zu eliminieren:

22 Wir subsumieren unter die Definition des Quorums nicht nur qualifizierte Beschlussfassungsregeln, sondern auch das **"einfache Mehr"** ²⁸. Daher wird das Wort "qualifiziert" durch den Terminus **"bestimmt" ersetzt**.

23 Auch ist statt dem Wort **"Mehrheit"** die Bestimmung **"Anzahl"** einzufügen, weil - wie noch zu zeigen sein wird - **auch Minderheitsquoren möglich sind** ²⁹.

RZ 13 ff, 16 ff; § 10 RZ 2 ff).

24 Vgl. dazu hinten § 2 RZ 4 ff und § 2 RZ 11 ff.

25 Vgl. hinten § 2 RZ 11 ff.

26 Vgl. dazu hinten RZ 66.

27 Zu den weiteren Voraussetzungen vgl. hinten § 4 RZ 3.

28 Vgl. dazu hinten bei § 4 RZ 41, 79 und 87.

29 Vgl. hinten RZ 71 ff, 74 ff und 78 ff.

- 24 Deshalb ist auch die Bestimmung **"Erschwerung"** wegzulassen, da - wie noch zu zeigen sein wird - auch **Erleichterungen der Beschlussfassung** zulässig sind ³⁰.

Damit gelangen wir zu folgender **Definition** des Quorums:

- 25 **Ein Quorum ist im Aktienrecht eine Norm** ³¹, welche für das **Entstehen eines positiven Beschlusses** eines Organs oder einer organähnlichen Versammlung ³² entweder eine bestimmte ³³ **Anwesenheit** (Präsenzquorum) oder eine bestimmte Anzahl **befürwortender Stimmen** ³⁴ (Stimmenquorum) oder **beides kombiniert** vorschreibt (Präsenz-/Stimmenquorum).

III. QUOREN UND AKTIENRECHTLICHE BESCHLUSSFAS- SUNG IM ALLGEMEINEN

- 26 Der folgende summarische Ueberblick soll das **"Umfeld"** des Anwendungsbereiches der Quorumsbestimmungen aufzeigen, stellen diese doch **im weitesten Sinn Normen für das Verfahren bei der Beschlussfassung** bzw. **für die Ermittlung des Ergebnisses dieses Prozesses** auf ³⁵.

1. Körperschaftliche Willensbildung

- 27 Nach der herrschenden **Realitätstheorie** ist auch die juristische Person fähig, einen Willen zu bilden ³⁶. Während dieser bei den natürlichen Personen unsichtbar, rein intern und unkontrollierbar zustandekommt und

30 Vgl. hinten RZ 71 ff, 74 ff und 78 ff sowie § 5 RZ 1 ff.

31 Quorum und Quorumsvorschrift bzw. -bestimmung werden im folgenden synonym verwendet.

32 Vgl. dazu hinten § 1 RZ 37 FN 93 sowie § 7 RZ 27 ff.

33 Zum "Massstab" bzw. zur Präzisierung des Wortes "bestimmt" und damit zur Berechnung der Quoren vgl. hinten § 4.

34 Im folgenden wird unter "Stimme" - falls nicht ausdrücklich von positiven oder negativen Stimmen die Rede ist - immer eine befürwortende Stimme verstanden, vgl. im übrigen zum Begriff "Stimme" hinten § 4 RZ 60 ff und zur Subtraktionsmethode, bei welcher allenfalls die "Nein"-Stimmen gezählt werden § 4 RZ 46.

35 Schaffner 79; Feldmann 60ff und hinten RZ 30 und 32 ff sowie § 4 RZ 50ff.

36 Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 15, 21; Feldmann 13f. Ähnlich auch Weber-Dürler 16 und Schaffner 72.

damit der rechtlichen Erfassung entzogen ist ³⁷, kann die Körperschaft und damit auch die AG ³⁸ ihren Willen nur **durch ihre Organe** ³⁹ i.d.R. ⁴⁰ in einem **offenen Vorgang** bilden ⁴¹ ⁴². Durch die **willensbildende Tätigkeit der einzelnen Mitglieder der Organe**, welche die Realitätstheorie als Teile der juristischen Person selber bezeichnet ⁴³ und deren Handlungen ihr in gleicher Weise angerechnet werden wie der natürlichen Person ihre eigene Tätigkeit ⁴⁴, wird gewissermassen "künstlich" ein **Gesellschaftswille** zur Entstehung gebracht ⁴⁵. Die körperschaftliche Willensbildung stellt daher nicht einen tatsächlichen, sondern einen **juristischen Vorgang** dar ⁴⁶. Sie ist somit nicht nur rechtlich erfassbar, sondern **sie wird durch das Recht überhaupt erst ermöglicht** ⁴⁷. Deshalb ordnet das Gesetz in diesem Bereich sowohl Willensbildung als auch Willensäusserung ⁴⁸.

37 BGE 47 II 308ff, 312. Feldmann 14; Kohler 55; Bruderer 19f; Geilinger 18 und Schilling 262 mit Hinweisen auf die Lehrmeinungen betreffend die Frage, ob die Stimmabgabe ein Rechtsgeschäft sei.

38 Forstmoser/Meier-Hayoz § 1 N 4.

39 Zum Organbegriff vgl. hinten RZ 41, 52.

40 Bei Einmannorganen sind die Verhältnisse wirtschaftlich gesehen jedoch gleich wie bei den natürlichen Personen, vgl. hinten RZ 50 ff.

41 Feldmann 14 und 38; Kohler 55; Jagmetti 25; BGE 47 II 308ff.

42 Auch Zirkularbeschlüsse sind "offene Vorgänge", weil die Voten nach aussen kundgetan werden, vgl. hinten § 8 RZ 19 ff.

43 Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 15 und Forstmoser/Meier-Hayoz § 15 N 7; unklar Feldmann 14.

44 Meier-Hayoz/Forstmoser a.a.O.; Stebler 16; Feldmann 14.

45 Feldmann a.a.O.; Stebler 16, 18; Weber-Dürler 16; Geilinger 16; Hensel 148. Die von Hensel gemachten Aeusserungen gelten in diesem Bereich auch für die AG. Vgl. auch Schilling 261 mit Hinweisen auf die deutsche Lehre.

46 Geilinger 18 m.w.H. in Anm. 11.

47 Feldmann 14.

48 Geilinger 18.

2. Beschlussfassung als Mittel der körperschaftlichen Willensbildung

28 Die Beschlussfassung dient allgemein dazu, in einer gemeinsamen Angelegenheit mehrerer eine **einheitliche Entscheidung** zu treffen ⁴⁹. Sie ist damit ein hervorragendes Mittel ⁵⁰, um den Willen der Körperschaft durch die in der Regel mit mehreren Personen besetzten Organe ⁵¹ zu ermitteln ^{52 53 54}.

29 Die Willensbildung in der Körperschaft erschöpft sich somit i.d.R. nicht in **Beratungen** ⁵⁵, in welchen sich die Mitglieder aussprechen und ihre Meinung bilden können ⁵⁶ (Beschlussfassung im weiteren Sinn ⁵⁷), sondern sie endet in einer **Abstimmung** ⁵⁸ (Beschlussfassung im engeren Sinn). Diese kollektive Entscheidung ist stets **formgebunden** ⁵⁹ und in der Zivilgesetzgebung - im Gegensatz zum öffentlichen Recht, wo für die kommunalen, kantonalen ⁶⁰ und eidgenössischen ⁶¹ Wahlen und Abstimmungen die Gesetze und Geschäftsordnungen in diesem Bereich eingehende Regelungen

49 Jagmetti 64; Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 75; Homburger, Minderheitenschutz, 283; Kohler 56; Stebler 19; Hensel 148; Schulthess 54; von Tuhr/Peter 145; Feldmann 11. Diese Autoren halten aber fest, **der Beschluss selber** ermögliche diese einheitliche Entscheidung. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es jedoch logischer, **dem Verfahren** diese Funktion zuzuschreiben und den Beschluss als **Resultat** desselben zu qualifizieren, ebenso Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 146 und Haefliger 117.

50 Zu anderen Mitteln vgl. hinten RZ 56.

51 Peyer 1.

52 Schaffner 72; Bruderer 21; Hensel 148, 152; Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 75. Vgl. auch Bürgi Art. 703 N 1, welcher festhält, die Willensbildung jeder körperschaftlich organisierten juristischen Person finde ihren unmittelbaren Ausdruck in der Beschlussfassung.

53 Zur Situation bei Einmannorganen vgl. hinten RZ 50 ff.

54 Nicht beigespflichtet werden kann der Ansicht von von Tuhr/Peter 145, welche dafür halten, Beschlüsse könnten nur dort gefasst werden, **wo das Gesetz dies ausdrücklich vorsehe**. In diesem Fall könnten z.B. der Verwaltungsrat oder die Kontroll- bzw. Revisionsstelle keine Beschlüsse fassen, vgl. hinten § 4 RZ 38 ff. ^a Richtigerweise ist die Beschlussfassung ein blosses **Mittel**, um einen Entscheid herbeizuführen und daher immer dort, **wo mehrere einen Entscheid fassen müssen**, zulässig. Die **Bedeutung** bzw. der **Inhalt** dieser Beschlüsse unterliegt den Schranken des Gesetzes, vgl. dazu nachfolgend RZ 42 ff.

55 Stebler 16; vgl. auch hinten RZ 32 ff.

56 Hensel 151f.

57 Vgl. hinten RZ 32 ff.

58 Stebler 16.

59 Bruderer 20; Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 146.

60 Vgl. dazu ausführlich Kölz 1 ff und 49 ff.

61 Vgl. z.B. SR 171.13 und 171.14 (Geschäftsreglemente des National- und Ständerats).

enthalten - sehr **lückenhaft** geregelt ⁶². Es gelten jeweils dieselben Prinzipien ⁶³:

30 Die einberufenen ⁶⁴ Mitglieder der Organe haben durch Abgabe ihrer Einzelstimmen **ihren eigenen, persönlichen Willen** nach aussen ⁶⁵ kundzutun ⁶⁶. Ihre "interne" Willensbildung wird aber durch **Abstimmungsanträge** ⁶⁷ **in bestimmte Bahnen gelenkt**, womit die Willenserklärungen lediglich durch ein "**Ja**" oder ein "**Nein**" ⁶⁸, d.h. durch Annahme oder Ablehnung des Antrags, erfolgen. ⁶⁹ Durch eine **rein rechnerische Operation** wird nun eine objektive Feststellung der Meinungsgruppen ermöglicht ⁷⁰: Indem die **Stimmen ausgezählt werden**, wird das **Ergebnis**, der "**Gesamtwille**" ⁷¹, nach bestimmten Regeln - **zu welchen die Quorumsbestimmungen gehören** ⁷² - festgestellt ⁷³ ⁷⁴.

31 Mit Bruderer und Weber-Dürler kann die körperschaftliche Beschlussfassung zusammenfassend in **zwei Phasen** eingeteilt werden:

62 Egger, Art. 66/67 N 1.

63 Bruderer a.a.O.

64 Vgl. dazu hinten § 7 RZ 6 ff und § 8 RZ 15 ff.

65 Mögliche **Formen** dazu sind im Aktienrecht die Gesellschafterversammlung sowie die Beschlussfassung auf dem Zirkularweg, vgl. Stebler 19 und hinten § 8 RZ 19 ff.

66 Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 75 sowie Feldmann 26ff, 95ff; Geilinger 18 und Schilling 262 mit Hinweisen auf die Lehrmeinungen betreffend die Frage, ob die Stimmabgabe ein Rechtsgeschäft sei.

67 Der Antrag stellt "in seinem Inhalt den zur Entstehung gelangenden rechtsgeschäftlichen Willensausdruck der Genossenschaft dar", Hensel 151, und ist eine "Klarstellung, worüber konkret abgestimmt wird", Schett 104 m.w.H. in Anm. 38 und 39 und hinten § 4 RZ 3.

68 Bruderer 23. Die Willenserklärungen erfolgen nicht korrespondierend, sondern verlaufen parallel, vgl. hinten RZ 36.

69 Vgl. Stauber 62 f.

70 Weber-Dürler 17; Bruderer 20.

71 Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 146.

72 Vgl. zum Begriff vorne RZ 25.

73 Bruderer 20; Weber-Dürler 17.

74 Vgl. dazu hinten RZ 43ff.

- 32 1. Phase: - **Beschlussfassung im weiteren Sinn**
 - **Problemerkfassung:** Traktandenliste
 - **Problembesprechung:** Antrag - Beratung
 Antrag - Beratung
 etc.
 (Willensbildung jedes einzelnen Gesellschafters.
 Diese kann auch ausserhalb der Sitzungen erfolgen,
 vgl. z.B. hinten § 8 RZ 19 ff)

- 33 2. Phase: - **Beschlussfassung im engeren Sinne:** - Abstimmung
- Auswertung
- Beschluss

34 Die Quorumsbestimmungen befassen sich **mit der Beschlussfassung im engeren Sinn**, indem sie anordnen, ob eine Versammlung einen **positiven Beschluss fassen kann** und **nach welchen Kriterien die Abstimmung auszuwerten bzw. das Resultat zu ermitteln ist**.⁷⁵

35 Für die Körperschaft kann die Beschlussfassung also definiert werden als ein **formgebundenes Verfahren zur Ermittlung ihres Willens innerhalb der i.d.R. mit mehreren Personen besetzten Organe** und organähnlichen Versammlungen ⁷⁶.

3. Ergebnis der Beschlussfassung: Der Beschluss als Wille der Körperschaft

36 Das **Ergebnis** dieses Prozesses der kollektiven Willensbildung ist der **Beschluss** ^{77 78 79}. Im Gegensatz zum menschlichen Entschluss ist dieser eine künstlich geschaffene, **rechtliche Einheit** ⁸⁰, welche stets in einem

75 Bruderer 23; vgl. auch Schett 97; Weber-Dürler 34, 39 und hinten § 4 RZ 43 ff.

76 Vgl. dazu hinten RZ 37 FN 90 und § 7 RZ 27 ff.

77 Jagmetti 64; von Greyerz, Aktiengesellschaft 189; Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 52; Geilinger 21 m.w.H. in Anm. 13; Schett 97, vgl. auch Schilling 263.

78 Zur Bedeutung der Veröffentlichung des Beschlusses vgl. Schönenberger/Jäggi Art. 1 N 146 und Haefliger 111.

79 Auf Mängel im Beschlussfassungsverfahren wird im Rahmen dieser Arbeit nur im Zusammenhang mit der Verletzung von Quorumsvorschriften eingegangen, vgl. hinten § 6. Zu Mängeln der Einberufung, Ankündigung der Traktandenliste etc. vgl. Hensel 151; Hueck, Generalversammlungsbeschlüsse 10; Geilinger 23ff.

80 Weber-Dürler 16, 25. Ähnlich auch Zehnder 92.

bestimmen⁸¹ Abstimmungsverfahren zustande kommt^{82 83}. Im Gegensatz zum Vertrag⁸⁴ bedarf er nicht notwendig der Zustimmung sämtlicher durch ihn gebundenen Personen⁸⁵, und ist er insgesamt **unabhängig von den einzelnen Willensäusserungen**. Diese werden nicht im Austausch, sondern **gleichgerichtet** gegenüber dem Vorsitzenden abgegeben⁸⁶. Deshalb wird der Beschluss häufig als ein "körperschaftlicher Gesamtwillensakt" bezeichnet⁸⁷. Inhaltlich können die Beschlüsse in **Sachbeschlüsse** und **Wahlen** aufgeteilt werden⁸⁸.

37 **Funktionell** ist der Beschluss eines Organs^{89 90} im Körperschaftsrecht gleichzusetzen mit einer **"Willensäusserung"**⁹¹ oder dem **"Willen" der Körperschaft**⁹² selber. Dazu gehört auch der **"Entschluss"** einer Ein-

81 Gesetzlich oder allenfalls statutarisch festgelegten, vgl. dazu Stebler 19.

82 Kemahlioglu 54; von Greyerz, Aktiengesellschaft 189; Geilinger 19; Bürgi, Einleitung zu OR 620-629 N 300; Hensel 152 sowie Strub 107 m.w.H. in Anm. 9. Es ist daher nicht zulässig, dass die Mehrheit z.B. mit der Minderheit einen Vertrag abschliesst, vgl. das bei Kemahlioglu a.a.O. zitierte Urteil des Oberlandesgerichts Bamberg aus dem Jahre 1910.

83 Zur Form vgl. vorne RZ 29 ff. Erklärt der Vorsitzende einen Antrag als angenommen, weil kein Widerspruch erhoben wurde, so erfolgt die Beschlussfassung nicht ohne Abstimmung, wie dies Egger Art. 66/67 N 7 annimmt, sondern durch stillschweigende Willenskundgabe bzw. Realakzept der Mitglieder. Es findet also gewissermassen eine "stillschweigende Abstimmung" statt, wobei der Vorsitzende das Resultat vorwegnimmt, vgl. zur Zulässigkeit dieses Verfahrens hinten § 4 RZ 14 ff.

84 Vgl. OR I 1.

85 Jacusiel 16; Stebler 20; Schilling 263.

86 Von Tuhr/Peter 145; Schilling 261f; Hensel 148; Geilinger 261f; Jacusiel 16.

87 Schilling 263 m.w.H., Stauber 263, vgl. auch Haymann, Aktienübernahmevereinbarungen 24 FN 125 m.w.H.

88 Vgl. OR 703 und dazu hinten § 7 RZ 339 ff.

89 Zum Organbegriff vgl. sogleich RZ 41.

90 Gemeint ist der **Gesamtbeschluss**, welcher Beschlussfassungen betrifft, bei denen die Aktionäre gesamthaft mitwirken können. Nicht zu den Organbeschlüssen gehören die **Sonderbeschlüsse**, welche von einzelnen Aktiengattungen bzw. Mitgliederkategorien in ihrer Eigenschaft als Sonderversammlung betreffend ihre Sonderrechte (vgl. z.B. OR 654 II und 657 V) im Hinblick auf bestimmte GV-Beschlüsse gefasst werden, die von der vorgängigen Zustimmung der Sonderkategorie abhängig sind, vgl. dazu Zehnder 94; Hensel 150f; Geilinger 131; Kchmalioglu 62; Weber 60f und hinten § 7 RZ 27 ff. Da auch in diesen Versammlungen eine Willensbildung stattfinden muss und das Gesetz daher auch für diese Quorumsvorschriften enthält, weil sie organähnliche Sonderfunktionen wahrnehmen, werden sie in der Folge **"organähnliche Sonderversammlungen"** genannt. Die Sonderversammlungsbeschlüsse sind zum Teil gleichzeitig Generalversammlungsbeschlüsse, und verkörpern dann auch den Willen der GV vgl. Rohrer 6 und hinten § 7 RZ 27 ff.

91 Stebler 19; Hensel 148 und 151, wo er zusätzlich den "animus" betreffend die rechtliche Bindung der Genossenschaft erwähnt. Ebenso Ensslin, welche fordert, dass der Einzelne das Bewusstsein haben müsse, dass die Abstimmung zur Willensermittlung für die Gesellschaft gelte (61).

92 Weber-Dürler 15; Bruderer 18; Jagmetti 25; Hensel 148; Mielke 116; Geilinger 18. Zur Kritik dieser Gleichsetzung, weil sie zur Annahme verleiten könne, bei der Körperschaft

zelperson dann, wenn sie in Organfunktion quasi "**stellvertretend**" für das Gesamtorgan tätig ist (**Einmannorgane, Delegierte**) ⁹³. **Begrifflich** sind diese beiden Termini aber voneinander zu **unterscheiden**, weil ihre **Entstehung** verschieden ist, obwohl sich ihre **Rechtswirkungen** decken ⁹⁴. In der Lehre ist man sich mehrheitlich insoweit einig, dass ein Beschluss ein (**mehrseitiges**) **Rechtsgeschäft** darstellt ⁹⁵.

4. **Beschlussfassende Organe der AG**

38 In einer **abstrakten, funktionalen Betrachtungsweise** ⁹⁶ wird die **Generalversammlung** ⁹⁷ als dasjenige Organ bezeichnet, welchem in erster Linie die **Willensbildung** der Aktiengesellschaft obliegt ⁹⁸ und welches daher für die Gesellschaft Beschlüsse fasst, um deren Willen zu ermitteln ⁹⁹. Demgegenüber wird der **Verwaltungsrat** - in Anlehnung an die staatsrechtliche Terminologie ¹⁰⁰ - als das mit der Geschäftsführung und Vertretung betraute ¹⁰¹ **Ausführungsorgan** bezeichnet ¹⁰².

39 **Jedoch haben sämtliche Organe und organähnlichen Versammlungen** ¹⁰³ der AG einen **eigenen Kompetenzkreis**, in welchem sie willensbildend für die Körperschaft tätig sind und daher auch **Beschlüsse fassen** ¹⁰⁴.

entstehe wie beim Menschen "automatisch" ein Wille, vgl. Weber-Dürler 18 Anm. 4; Bruderer a.a.O. Anm. 64.

93 Vgl. Jacusiel 16.

94 Vgl. dazu hinten RZ 50 ff.

95 Vgl. die Uebersicht bei Meier 51 sowie zusätzlich etwa Ensslin 61; Feldmann 12ff m.w.H. S. 18; Geilinger 29; Kohler 56; Jagmetti 64; Hensel 148ff; Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 75; Heini 562 m.w.H. in Anm 33; Mielke 116 Anm. 4, 124ff; Jacusiel 16ff; Schett 96; Schulthess 54; Stebler 19ff; Strub 2 m.w.H. in Anm 3; Weber-Dürler 15ff, 23ff, 31 m.w.H. in Anm. 90 sowie Schilling 263ff u.v.a. Betreffend Déchargebeschlüsse vgl. im speziellen BGE 51 II 69.

96 Vgl. Forstmoser, Organbegriff 126.

97 Vgl. dazu hinten § 7 RZ 1 ff.

98 Forstmoser/Meier-Hayoz § 1 N 12 und § 16 N 1; Jagmetti 25; Geilinger 18; Schaffner 72; Ensslin 61; vgl. auch von Greyerz, welcher die Willensbildung als den "Zweck der Generalversammlung bezeichnet" (Aktienrecht, 189).

99 Jacusiel 17; Jagmetti 25; Schilling 264.

100 Vgl. Stauber 29.

101 Vgl. OR 717 I.

102 Schaffner 72; Wander 8; Bruderer 8ff; Staehelin, Organisation 251. Seine Befugnisse richten sich u.a. nach den Beschlüssen der GV, vgl. OR 721 I und Forstmoser/Meier-Hayoz § 16 N 1.

103 Vgl. dazu vorne FN 90.

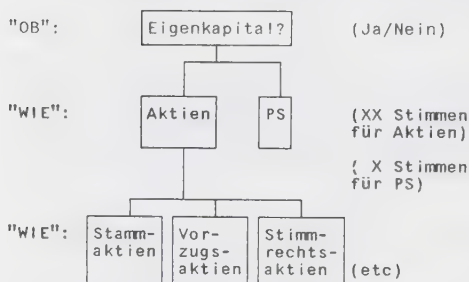
104 Jagmetti 72; Stebler 16 m.w.H. in Anm. 3; Haeffliger 13; Wander a.a.O.; Hensel 152. Vgl. auch § 108 des (d)AktG, worin die Beschlussfassung für den Aufsichtsrat ausdrücklich als Mittel der Willensbildung festgehalten ist und OR 717 III, wonach der Verwaltungsrat

Selbst wenn nämlich das "ob" und damit der Tätigkeitsbereich feststeht, kann das "wie", d.h. die Art und Weise des Vorgehens, verschiedene Varianten und damit einen Ermessensspielraum offenlassen, welcher einer Beratung und einer einheitlichen Entscheidung bedarf¹⁰⁵.

- 105 mangels anderer statutarischer Bestimmung als Kollegialorgan tätig ist, vgl. Heini 564. Präzisierend ist festzuhalten, dass jeder "wie"-Entscheid, der schon begrifflich stets mehrere Varianten betrifft, in mehrere "ob"-Entscheide betreffend die verschiedenen denkbaren Varianten umgewandelt werden kann. Innerhalb der Frage, wie eine Organaufgabe erfüllt werden muss, kann daher jeweils mittels "ob"- oder "wie"-Fragestellungen vorgegangen werden. Dies soll anhand eines Beispiels erläutert werden:

Es stellt sich in einer GV die Frage, ob und wie Eigenkapital beschafft werden soll.

"OB/WIE"-Variante:



Wollen wir Eigenkapital schaffen? ("OB"-Frage. Beantwortung mit Ja oder Nein.) Falls diese Frage bejahend entschieden wurde:

Wollen wir Aktien oder PS ausgeben? ("WIE"-Frage. Beantwortung mit "Aktien" oder "PS", indem gefragt wird: "Wer ist für PS?" (X Stimmen) "Wer ist für Aktien? (XX Stimmen). Die überwiegende Stimmenzahl wurde für Aktien abgegeben:

Wollen wir Stamm-, Stimmrechts- oder Vorzugsaktien ausgeben? ("WIE"-Frage, Abstimmung wie oben erwähnt).

"OB"-Variante:

"OB":	PS ?	(JA/NEIN)
"OB":	AKTIEN ?	(JA/NEIN)
:NEIN/NEIN	- -	Es wird kein EK geschaffen.
:JA/NEIN	- -	Es wird EK in Form von PS geschaffen
:NEIN/JA	- -	Es wird EK in Form von Aktien geschaffen. Weiter: "OB"-Abstimmungen über Aktienart)
:JA/JA	- -	Das für diese Abstimmung massgebliche Quorum entscheidet darüber, in welcher Form EK geschaffen wird.

Wollen wir Aktien ausgeben ("OB"-Frage. Beantwortung mit Ja oder Nein). Wollen wir PS ausgeben ("OB"-Frage: Beantwortung mit Ja oder Nein).

Falls beide Fragen mit Nein beantwortet wurden, so ist auch der Entscheid darüber, ob Eigenkapital geschaffen werden soll und damit die Grundsatzfrage der obigen "OB/WIE"- Variante in negativem Sinn entschieden. Falls eine oder beide Fragen mit Ja beantwortet wurden, so wurde implizit auch der Grundsatzentscheid gefällt, dass Eigenkapital geschaffen werden soll. Die einzige "OB"-Entscheidung, welche für die Organe zwingend in positivem Sinn "vorgegenommen" wurde, ist ihr Tätigkeitsbereich, bzw. dass sie die entsprechenden Pflichten erfüllen müssen (vgl. dazu vorne RZ 39f).

40 Der **Beschluss** ist auch hier wie in jeder Versammlung das **geeignete Mittel**, um eine **Wahl zwischen mehreren, sachlich möglichen Verhaltensweisen zu treffen** ¹⁰⁶.

41 Nach dem im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht verwendeten sog. **"materiellen" Organbegriff**, welcher in ZGB 55 I seinen Ursprung hat, hat als Organ jede Person zu gelten, welche (rechtmässig) **"effektiv und in entscheidender Weise an der Bildung des Verbandswillens teilhat"** ¹⁰⁷. Nach dieser Betrachtungsweise ist das Organ eher ein **"Funktionszentrum"** ¹⁰⁸ und die Willensbildung gehört zwingend zum Organbegriff ¹⁰⁹. Sie ist auch nicht auf die gesetzlichen, formellen Organe beschränkt ^{110 111}.

42 Der Generalversammlung sind **bestimmte Beschlussfassungen von Gesetzes wegen zuerkannt** ¹¹². Ueber Statutenänderungen, Wahlen, die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung sowie über die Verwendung des Reingewinns **muss** sie ¹¹³ gemäss OR und E 698 II Ziff. 1-5 entscheiden, und zwar in **Beschlussform** ^{114 115}. Eine Uebertragung dieser Aufgaben auf ein anderes Organ, auf einzelne Mitglieder oder auf Dritte ist unzulässig ^{116 117}. Es würde sodann ein **dafür nicht kompetentes Organ - bzw.**

106 Bruderer 21 vgl. auch Stauber 61 und von Tuhr/Peter 145.

107 Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 21; Forstmoser/Meier-Hayoz § 15 N 5.

108 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 15 N 1.

109 Vgl. dazu ausführlicher Forstmoser, Organbegriff 129 m.w.H. und BGE 101 Ib 435 E.7.

110 Forstmoser/Meier-Hayoz § 15 N 13; BGE 87 II 187 ff. betreffend die Organeigenschaft bauleitender Ingenieure.

111 Vgl. zu den organähnlichen Sondersammlungen vorne FN 93. Statuten können auch weitere Organe schaffen, so z.B. eine Direktion oder einen Beirat, vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 15 N 13 und von Steiger, Aktiengesellschaft 180.

112 Stebler 20; Kübler 197.

113 Zu Eingriffen aufgrund von Zustimmungen einzelner Mitglieder und Dritter vgl. hinten § 7 RZ 27 ff.

114 U. Wehrli 101; Haefliger 12.

115 Wobei hier zur Verdeutlichung in Ziff. 5 jeweils von "weiteren" Gegenständen die Rede sein sollte, damit schon aus dem Gesetz ersichtlich wäre, dass über die in Ziff. 1-5 erwähnten Gegenstände in Beschlussform entschieden werden muss, vgl. die Formulierung bei Forstmoser/Meier-Hayoz § 18 N 22. Klarer ist diesbezüglich wiederum das deutsche Recht, wo in § 119 I AktG festgehalten wird: "Die Hauptversammlung beschliesst in den im Gesetz und in der Satzung ausdrücklich bestimmten Fällen, namentlich über ...".

116 Stebler 20; von Greyerz, Aktiengesellschaft 185.

117 Betreffend die der GV durch die Statuten zugewiesenen Kompetenzen (OR und E 698 II Ziff. 5) besteht eine natürliche Vermutung für eine unübertragbare Kompetenz. Es ist anzunehmen, dass sodann ausschliesslich die GV entscheiden soll. Unterliegt der konkrete Beschluss einem erschwerten Quorum, so gilt dies umso eher. Eine Delegation von Kompetenzen der GV kann jedenfalls immer nur mit dem für den konkreten GV-Be-

ein Nicht-Organ entscheiden. Die Beschlussfassung über diese Gegenstände ist der eigentliche **Hauptzweck, die Haupttätigkeit der GV, ohne welche die AG ihr Ziel gar nicht erreichen kann** ¹¹⁸. Analog der "Amtspflicht" im staatlichen Bereich **muss** die GV also aufgrund einer "**Organpflicht**" gewisse Beschlüsse fassen, und die Beschlussfassung ist nicht ihrem Belieben anheimgestellt ¹¹⁹.

43 Demgegenüber erwähnt das geltende Recht **Verwaltungsratsbeschlüsse** zwar an einigen Stellen, es enthält jedoch **keine Regelung über deren Inhalt sowie über die Frage, wann solche gefasst werden müssen** ¹²⁰. Während das Gesetz also im Recht der GV für gewisse Gegenstände, über welche entschieden werden muss, auch Entscheidungsformen aufstellt, fehlen solche - sieht man von der Normierung der Kompetenzdelegation ab ¹²¹ - im geltenden Recht des Verwaltungsrats.

44 Der Ansicht von **Stebler**, welcher dafür hält, dass für den Verwaltungsrat keine rechtliche Notwendigkeit bestehe, über bestimmte Gegenstände Beschlüsse zu fassen, welche existenznotwendig für die AG seien ¹²², kann aber **nicht beigeipflichtet werden** ¹²³. Je nach dem konkreten Zweck der AG **muss** die Verwaltung in ihrem Tätigkeitsbereich **selbständige, über eine reine Ausführungsfunktion hinausgehende Beschlüsse fassen**, ansonsten die Gesellschaft lahmgelegt und handlungsunfähig wäre ¹²⁴. Dies gilt vor allem für Unternehmen in Form einer Aktiengesellschaft, wogegen die Aufgaben des Verwaltungsrats einer reinen Verwaltungsgesellschaft u.U. nicht über eine ausführende Tätigkeit hinausgehen ¹²⁵. **Obwohl das gelten-**

schluss erforderlichen Quorum und unter Einhaltung der übrigen Formvorschriften (z.B. öffentliche Beurkundung) erfolgen. Dies gilt natürlich **nicht** für bloss **Ausführungskompetenzen** (z.B. Durchführung der Wahlen [OR 698 II Ziff. 2])

118 U. Wehrli a.a.O.; von Greyerz, Aktiengesellschaft 189.

119 Strub 2 m.w.H. in Anm. 4, vgl. dazu hinten § 4 RZ 1ff.

120 Vgl. OR 714ff und E 713ff sowie M. Burckhardt 37.

121 Siehe sogleich RZ 46.

122 Stebler 20.

123 Vgl. OR 722, wonach die Verwaltung die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten hat. Die nachfolgend in Abs. 2 Ziff. 1-3 aufgelisteten Pflichten sind nicht als unübertragbar bezeichnet, jedoch widerlegen sie die These von Stebler.

124 Haefliger 13; Schorer 120; Vischer/Rapp 144 ff.

125 Z.B. einer Immobiliengesellschaft, vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 46 N 34ff.

de Recht keinen OR 698 entsprechenden Pflichtenkatalog von unübertragbaren Aufgaben für die Verwaltung enthält ¹²⁶, hat diese nach konstanter Lehre und Rechtsprechung dennoch gewisse unübertragbare Pflichten ¹²⁷, welche sie in jedem Fall selber erfüllen muss, unabhängig vom konkreten Gesellschaftstypus ¹²⁸. Die diesbezügliche Rechtsunsicherheit wird durch den Entwurf beseitigt ¹²⁹, indem dort auch für die Verwaltung gewisse unübertragbare Aufgaben normiert sind ¹³⁰. Weil auch in diesem Bereich ein einheitlicher Wille der Gesellschaft festgelegt werden muss ¹³¹ und weil der Willensbildungsprozess in GV und Verwaltung nach denselben Prinzipien zu vollziehen ist, gelten die vorn in RZ 42 für die Generalversammlung gemachten Ausführungen daher auch für den Verwaltungsrat analog, weil auch dieser hier Beschlüsse fassen muss. ¹³²

45 **Klarzustellen** ist also, dass sowohl Generalversammlung wie auch Verwaltungsrat gewisse unübertragbare Pflichten haben, in deren Rahmen sie entscheiden müssen, und zwar i.d.R. formalisiert, d.h. in der Regel in Beschlussform ¹³³ ¹³⁴ ¹³⁵.

126 Vgl. RZ 43.

127 Der Verwaltungsrat muss auch über gewisse Tatsachenfeststellungen Beschluss fassen, vgl. OR 725 III und Stauber 62 Anm. 234.

128 Vgl. dazu neustens Horber 112 und Stauber 32ff mit den dortigen Hinweisen.

129 Forstmoser, Reformvorschläge 65.

130 Vgl. den Wortlaut von E 716a Ziff. 1 - 8.

131 U. Wehrli 101; Stebler 20; Jagmetti 64.

132 Vgl. auch E 713.

133 Vgl. dazu hinten § 7 und § 8. Der Ansicht von Jagmetti, welcher den Generalversammlungsbeschlüssen die "Verwaltungsmaßnahmen" gegenüberstellt, zu welchen er nebst den Beschlüssen des Verwaltungsrats auch die Entschlüsse des Alleinverwalters und u.U. die Verfügungen des Präsidenten, Delegierten und Direktors zählt (63ff), kann nicht beigepflichtet werden, weil auch die Generalversammlung delegieren kann und somit die oben für die Verwaltung erwähnten Entscheidungsformen anwenden könnte. Vgl. auch Schilling 264, welcher "Beschlussakt" und "Vertretungshandlung" unterscheidet. Bei dieser Gegenüberstellung handelt es sich also nicht um Gegensätze in den Entscheidungsformen von Generalversammlung und Verwaltung.

134 Klarer ist demgegenüber das deutsche Aktiengesetz in § 108 I: "Der Aufsichtsrat entscheidet durch Beschluss" vgl. dazu Kübler 192 f und Henn § 19.

135 Zu den Verhältnissen bei den Einmannorganen vgl. nachfolgend RZ 50ff. Zum genehmigten und autorisierten Kapital (E 651) vgl. nachfolgend FN 136.

46 Im Bereich der **übertragbaren Aufgaben** (zu welchen jedenfalls die blossen **Ausführungsentscheide** gehören), können beide Organe gewisse Pflichten an Organmitglieder oder an Dritte delegieren ¹³⁶. Die Entscheide werden, **je weniger es sich um "ob-" und je mehr es sich um "wie-" Fragenkomplexe**, d.h. um **Ausführungsentscheide handelt**, immer **weniger formalisiert**. Während also der Alleinverwaltungsrat seine Entscheide nach geltendem Recht in Beschlussform kleiden und protokollieren muss ¹³⁷, gilt dies nicht mehr für den Kassier, welcher ebenfalls in einem gewissen Bereich eigene Entscheidungsbefugnisse hat, jedoch kein gesetzliches Organ darstellt und nicht im unübertragbaren Pflichtenbereich eines Organs tätig ist. Erfolgte die Delegation an eine Personenmehrheit, so ist am zweckmässigsten, wiederum in Beschlussform zu entscheiden. **Zusammenfassend** kann festgehalten werden, dass jedenfalls **die gesetzlich vorgesehenen Organe im Bereich ihrer unübertragbaren Aufgaben** in Beschlussform entscheiden **müssen** ¹³⁸.

47 **Unterschiedlich** ist die **Wirkung** der Willensbetätigung von Generalversammlung und Verwaltungsrat ¹³⁹, was zur eingangs erwähnten Gegenüberstellung der Funktionen dieser beiden Organe geführt hat:

48 Die **GV** ist ein reines Innenorgan ¹⁴⁰. Sie fällt - wie schon angetönt wurde - die **Grundsatzentscheide** der AG und erlässt die allgemeinen **Richtlinien**, welche den **Bestand der Gesellschaft** betreffen und für diesen **unabdingbar** sind ¹⁴¹. Ihr obliegen wesentliche Bereiche wie die **interne Gesetzgebung, die Wahl- und Aufsichtsfunktionen** ¹⁴². Aufgrund dieser Kompetenzen und der Tragweite der GV-Beschlüsse für die Gesellschaft wird sie in OR und E 698 I denn auch als **"oberstes"** und von der Lehre

136 Vgl. z.B. Forstmoser/Meier-Hayoz § 24 N 30ff; § 16 N 2; M. Burckhardt 36f; vgl. auch OR 717 II und III. Für die GV vgl. z.B. **E 651**, wonach sie unter gewissen Voraussetzungen den **Verwaltungsrat ermächtigen** kann, das Aktienkapital innerhalb einer gewissen Frist zu erhöhen (genehmigtes oder autorisiertes Kapital), vgl. kritisch dazu Hunziker 92 und hinten § 9 RZ 30 ff.

137 Vgl. z.B. OR 715 II und hinten RZ 50 ff. Unrichtig diesbezüglich die Botschaft 173, vgl. dazu hinten RZ 53.

138 Vgl. hinten § 7 und § 8.

139 Jagmetti 73.

140 Vgl. Stauber 55; Forstmoser/Meier-Hayoz § 18 N 3; Bürgi Art. 698 N 1.

141 Forstmoser/Meier-Hayoz § 18 N 2; Jagmetti 73; Haeffliger 12.

142 Vgl. OR und E 698 II Ziff. 1-5.

grundsätzlich als **"willensbildendes" Organ** bezeichnet ¹⁴³, obwohl ihre Beschlüsse lediglich interne Wirkung entfalten ¹⁴⁴.

49 Dagegen befassen sich die Entscheide des **Verwaltungsrats** mit Beaufsichtigungs-, Oberleitungs- und Planungsfragen ¹⁴⁵ bzw. - falls keine Kompetenzdelegationen vorgenommen wurden - mit **Exekutiv-**, d.h. mit **Geschäftsführungs- und Vertretungsfragen** und damit auch mit der **Beziehung der Gesellschaft zu Dritten**. Deshalb zieht sein Handeln nebst den Innen- auch **Aussenwirkungen** nach sich ¹⁴⁶ und ist - je nach dem Zweck der konkreten Gesellschaft - rein **ausführend** oder, z.B. bei Unternehmen, **von grösster Tragweite**, weshalb faktisch, **"namentlich in grossen Gesellschaften ... heute oft der Verwaltungsrat das massgebende Organ"** ist, **"durch welches tatsächlich auch die der GV vorbehaltenen Fragen vor-entschieden werden"** ¹⁴⁷.

5. Beschluss und Einmannorgane

50 Wie wir vorne erwähnt haben ¹⁴⁸, ist die Willensbildung einer einzigen Person ein interner, unsichtbarer Vorgang, wogegen mehrere Personen einzig durch ein formelles Beschlussfassungsverfahren einen einheitlichen Willen festlegen können. Der Entscheid einer einzigen Person ist daher **begrifflich logisch** gesehen immer ein **Entschluss und kein Beschluss, auch wenn sie als Organ handelt** ¹⁴⁹. Vgl. dazu das Votum von Guhl in der Ex-

143 Auch in der Lehre dreht sich ein alter Theorienstreit um die Frage der Omnipotenz der GV bzw. um die Parität der Organe zueinander, welcher seinen Ursprung wohl in der Wirkung der GV-Beschlüsse wie auch in der Bezeichnung der GV als "oberstes Organ" in OR 698 I sowie in deren Kompetenz, dem Verwaltungsrat Weisungen zu erteilen, hat (OR 721 I), vgl. dazu etwa Forstmoser/Meier-Hayoz § 16 II RZ 3ff; Bürgi Art. 698 N 1ff; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 196; Wieland 127; Mohr 32; M. Burckhardt 38 m.w.H. in Anm. 16; W. v. Steiger, Betrachtungen 334 ff u.v.a. Der Entwurf hat diese Frage eindeutig zugunsten des Paritätsprinzips entschieden, indem auch der Verwaltung explizit gewisse Aufgaben als übertragbar von Gesetzes wegen zuerkannt werden sollen, vgl. E 716a und Forstmoser, Reformvorschläge 65.

144 Kohler 52.

145 Vgl. E 716a.

146 Heini 564; Jagmetti 72; Stebler 20f.

147 Forstmoser/Meier-Hayoz § 16 N 7, vgl. insbesondere auch Stauber 160f und 191 m.w.H. sowie Weiss, Einleitung 80 und insgesamt 1ff sowie Hofmann.

148 Vorne RZ 27.

149 Schulthess 54; Jagmetti 10, 64f; Geilinger 18; Kohler 56ff; Hensel 148; Stebler 16; von Waldkirch 47; Forstmoser, Reformvorschläge 61, Botschaft 176; Stauber 209.

pertenkommission, welche im Jahre 1925 über die Protokollierungspflicht des Einmannverwaltungsrats beriet:

51 *"Der Beschluss der Expertenkommission erkennt den grossen Unterschied, der zwischen dem Verwaltungsrat und der einköpfigen Verwaltung insofern besteht, als dort die Willensbildung durch die Beschlussfassung publik wird, während man es hier nicht mit Beschlüssen, sondern mit blossen Entschlüssen zu tun hat"* ¹⁵⁰.

52 Im Aktienrecht stellt sich jedoch bei Einmanngesellschaften stets die Frage, **"wann an die rechtliche Form und wann an die wirtschaftliche Realität angeknüpft werden soll"** ¹⁵¹, d.h. ob auch dort die für eine Personenvielheit vorgesehenen Formalakte einzuhalten sind, wo "aufgrund der personellen Struktur Absurditäten eintreten" ¹⁵² können. Dabei ist am Grundsatz festzuhalten, dass **"das Spiel der AG konsequent zu spielen" oder - in Worten des Bundesgerichts - "mit den Vorteilen der AG auch deren Folgen in Kauf zu nehmen"** sind ¹⁵³. Die Einmannaktiengesellschaft ist im Grunde genommen eine **Fiktion**, da der Begriff der Gesellschaft gemäss OR 530 I den **Zusammenschluss von zwei oder mehreren Personen voraussetzt**. Auch die Körperschaft wird als eine Personenvereinigung definiert ¹⁵⁴, so dass es bei der Einmann-AG auch in dieser Hinsicht an einem Begriffselement fehlt ¹⁵⁵. Sodann setzt auch der **Begriff der Generalversammlung das Zusammenkommen mehrerer Personen voraus** ¹⁵⁶. Indem der Gesetzgeber das Gebilde der Einmann-AG trotz der Diskrepanz zwischen "Schein und Sein" d.h. zwischen rechtlicher Form und wirtschaftlicher Realität ¹⁵⁷ zulässt ¹⁵⁸, **fingiert er stets das Vorhandensein mehrerer Personen, und daran ist auch bei der Beschlussfassung festzuhalten**. Auch der Einmanngesellschafter bzw. das Einmannorgan hat daher fiktiv

150 ProtExp 1926, 920.

151 Forstmoser/Meier-Hayoz § 46 N 25.

152 Forstmoser/Meier-Hayoz § 46 N 26.

153 Forstmoser, Reformvorschläge 61 m.H. auf BGE 91 II 307.

154 Forstmoser/Meier-Hayoz § 1 N 5.

155 Forstmoser/Meier-Hayoz § 1 N 6.

156 Vgl. dazu hinten § 7 RZ 5ff.

157 Forstmoser/Meier-Hayoz § 46 N 24.

158 Die Einmann-AG ist vom Gesetz zwar nicht generell (vgl. OR 625 I), jedoch unter gewissen Bedingungen (vgl. OR 625 II) zugelassen und damit im Prinzip positivrechtlich anerkannt, vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 46 N 18; Mielke 86; Mijalovic 19 und BGE 81 II 459.

"**Beschlüsse**" zu fassen, d.h. deren **Formalakte einzuhalten** ¹⁵⁹, auch wenn es sich begrifflich logisch gesehen um reine Entschlüsse handelt und in der Praxis wohl lediglich die **Protokollierung der "Beschlussfassung"** verbleibt ¹⁶⁰. Dies ist eine Konsequenz daraus, dass, wer sich die Vorteile der AG zunutze machen will (Risikobeschränkung), sich auch wie eine "Aktiengesellschaft" verhalten, deren Formalakte einhalten und daher "so tun muss, als würde er Beschlüsse fassen". Das Gesetz selber erwähnt denn im Aktienrecht auch konsequent nur **Beschlüsse** ¹⁶¹ und normiert für den Einmannverwaltungsrat ausdrücklich die Protokollierungspflicht ¹⁶². Letzteres wurde anlässlich der Beratungen zum geltenden OR auch von Häberlin, dem Vorsitzenden der Expertenkommission befürwortet:

"Auch bei der einköpfigen Verwaltung hat das Protokoll seine Bedeutung als Grundlage für den Beweis schuldhafter Verwaltung" ^{163 164}.

53 Der Entwurf sieht eine Protokollierungspflicht für den Einmannverwaltungsrat nicht mehr vor ¹⁶⁵. Im Hinblick auf die Beweislage betreffend die Pflichterfüllung des Einmannverwaltungsrats und damit auch als Exkulpationsbeweis bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist m.E. jedoch - auch wenn dies künftig nicht mehr **explizit** vorgesehen ist - weiterhin daran festzuhalten ¹⁶⁶.

159 Forstmoser/Meier-Hayoz § 46 N 26; Forstmoser, Reformvorschläge 61; Siegwart Art. 625 N 23; U. Wehrli 101.

160 A.M. offenbar Schulthess 54; Jagmetti 10; Kohler 56ff; Hensel 148. Eine Einberufung der GV hat beim Einmanngesellschafter deshalb nicht zu erfolgen, weil eine Universalversammlung vorliegt (OR 701). Die "Abhaltung" der "Versammlung" ist dagegen zu protokollieren, einschliesslich der gestellten Anträge und diesbezüglichen Stimmverhältnissen: Ein einziger Aktionär kann nämlich mit seinen Aktien unterschiedlich abstimmen, was z.B. aufgrund einer internen Vorabstimmung für eine Holdinggesellschaft als Alleinaktionärin geradezu geboten sein kann, vgl. hinten § 4 RZ 19 FN 91.

161 Vgl. OR und E 698 II Ziff. 5, OR 702 II, 703, 715 I und II sowie E 713 I und II.

162 Vgl. OR 715 II.

163 ProtExp 1926, 919; ebenso in ProtExp 1928, 359.

164 Ebenso Kohler 56f; a.M. U. Wehrli 101, welcher dafür hält, dass wegen OR 715 I die Protokollierung für Einmannverwaltungen nicht erforderlich sei, da nur "Beschlüsse" erwähnt würden. Diese Ansicht widerspricht aber klar dem Wortlaut von OR 715 II und der ratio legis, welche dem Einmannorgan dieselben Pflichten wie einem mehrköpfigen Organ auferlegen will, ähnlich Kohler 57, 59 Anm. 1.

165 Vgl. E 715.

166 Gleicher Meinung: Böckli, Revision 260, welcher erklärt, die Aussage in der Botschaft (173), die Protokollierung der Entschlüsse des Einmannverwaltungsrats sei "weder sinnvoll, noch durchsetzbar", entspreche nicht der Absicht der Arbeitsgruppe, welche das neue Gesetz ausgearbeitet habe und welche trotz der Straffung des Gesetzestextes weiterhin an der Protokollierungspflicht des Einmannorgans festhalte. Vgl. auch die Kritik bei

54 Obwohl also der **Entscheid eines Einmannorgans wirtschaftlich gesehen einen Entschluss** darstellt und mit Jagmetti lediglich als **"fiktiver Beschluss"** zu bezeichnen ist ¹⁶⁷, weil die Voraussetzungen für dessen Zustandekommen sich hier intern abspielen, ist daran festzuhalten, dass das Einmannorgan **seine Entscheide im Beschlussfassungsverfahren zu "formalisieren", d.h. bestimmte Formen einzuhalten hat** ¹⁶⁸. Will der Einmanngesellschafter also - ohne besondere vertragliche (z.B. auftragsrechtliche oder arbeitsvertragliche) Grundlage - Geld aus der AG beziehen, so kann er dies nicht ohne einen entsprechenden **Dividenden- oder Tantiemen-auszahlungsbeschluss** tun, ansonsten die gesellschaftsrechtlichen Wirkungen nicht eintreten und er sich nicht auf die äussere Form seiner "Einzel-firma" berufen kann, weil er sie selber nicht einhält, sondern aufweicht ¹⁶⁹. In diesem Fall werden die Rechtsfolgen der gewählten Körperschaftsform auch dann nicht beachtet, wenn er sich darauf beruft, und es erfolgt u.U. ein "Durchgriff" auf ihn selber, worauf hier nicht weiter einzugehen ist ¹⁷⁰.

55 Der **Unterschied** zwischen dem begrifflich logisch "echten" Beschluss mehrerer Personen und dem auf einer gesetzlichen Fiktion beruhenden begrifflich logisch "unechten" Beschluss eines einzigen Organmitgliedes besteht einzig darin, **dass das Ergebnis des letzteren von vornherein feststeht, d.h. vor dem "Abstimmungsakt", wogegen der Inhalt eines echten Beschlusses erst nach dem entsprechenden Beschlussfassungsverfahren und der Ergebnisermittlung festgestellt werden kann** ¹⁷¹. Dieses erübrigt sich beim fiktiven Beschluss, obwohl im übrigen sämtliche Formalakte einzuhalten sind ¹⁷². Deshalb stehen vor allem die echten Beschlüsse im Vordergrund der vorliegenden Arbeit, welche sich mit der Ergebnisermittlung des Beschlussfassungsverfahrens befasst ¹⁷³.

Forstmoser, Reformvorschläge 61 f.

167 Jagmetti 65.

168 Vgl. auch Stauber 209.

169 Forstmoser/Meier-Hayoz § 46 N 26 mit weiteren Beispielen. Vgl. auch BGE 85 IV 224ff.

170 Vgl. dazu Forstmoser/Meier-Hayoz § 46 N 27ff und Forstmoser, Aktienrecht § 1 N 127 (Sphärenvermischung).

171 Vgl. dazu vorne RZ 28 ff.

172 Mielke 87, 89.

173 Vgl. vorne RZ 30f und hinten § 4 RZ 50 ff.

56 **Zusammenfassend** ist also festzuhalten, dass **begrifflich logisch** Entscheide aufgeteilt werden können in solche einer Personenmehrheit, die in einem externen Beschlussfassungsverfahren zustandekommen (**echte Beschlüsse**), und solche von Einzelpersonen, die durch eine interne Willensbildung zustandekommen (**unechte Beschlüsse, Entschlüsse**). Der Beschluss ist ein **Entscheid mehrerer**, der **Entschluss ein Einzelentscheid**. **Gesellschaftsrechtlich wird aber der Entschluss eines Einmannorgans gleich behandelt wie ein Beschluss und ist auch entsprechend zu formalisieren, wie schon die Einmanngesellschaft selber auf einer Fiktion beruht und in begrifflich logischer Hinsicht keine Gesellschaft darstellt, sich aber trotzdem an deren Regeln zu halten hat.** Die fiktive Beschlussfassung eines Einmannorgans ist somit gewissermassen die **Konkretisierung aus der Zulassung der Einmann-AG als Gesellschaft** und der Tatsache, dass zwischen Ein- und Mehrmanngesellschaften nicht unterschieden wird, bzw. sich auch der Einzelkaufmann der Rechtsform der AG bedienen kann, um sein Risiko zu beschränken. In dieser Hinsicht ist m.E. künftig - **auch ohne gesetzliche Grundlage** - weiterhin an der Protokollierungspflicht des Einmannorgans festzuhalten ¹⁷⁴. Es ist aber zu betonen, dass diese Formalisierungspflicht lediglich die **gesetzlichen Organpersonen und ihren unübertragbaren Aufgabenbereich** betrifft ¹⁷⁵. Der Entscheid eines Direktors oder eines Delegierten ist daher auch in aktienrechtlicher Hinsicht ein Entschluss, welcher keinen Formalitäten unterliegt ¹⁷⁶, weil diese Personen ihre Aufgaben aufgrund von **Delegationen** erhielten und somit **nicht im unübertragbaren Organbereich handeln** ¹⁷⁷.

6. Ergebnis

57 Die körperschaftliche Willensbildung ist ein **künstlich geschaffener, juristischer Vorgang**. Die **Beschlussfassung** ist ein **Mittel, um den Willen der Körperschaft durch die gesetzlichen und statutarischen Organe, Delegierten, organähnlichen Versammlungen oder durch Drittpersonen zur Entstehung zu bringen**. Sie stellt dazu für die Beteiligten ein **formgebundenes Verfahren auf**, welches sich nach **gewissen Grundprinzipien** vollzieht. Die **Quorumsbestimmungen** sind **Regeln**, nach wel-

174 Vgl. RZ 53.

175 Vgl. dazu vorne RZ 45 ff.

176 Ebenso Jagmetti 63ff; von Greyerz, Aktiengesellschaft 206 u.v.a. vgl. dazu vorne RZ 46.

177 Vgl. vorne RZ 46.

chen sich einerseits bestimmt, ob eine Versammlung positive Beschlüsse fassen kann, und andererseits das **Ergebnis dieses Prozesses, d.h. der Beschluss bzw. dessen Inhalt** ¹⁷⁸ zu ermitteln ist. Innerhalb ihres **unübertragbaren Aufgabenbereiches** müssen die gesetzlichen Organe **formalisiert**, d.h. in Beschlussform entscheiden, auch wenn sie mit nur einer Person besetzt sind. Lediglich die **delegierbaren Pflichten** müssen **nicht in einer bestimmten Form** erfüllt werden. In diesem Bereich sind also auch **formlose Einzelentscheidungen** zulässig, wobei aber dann i.d.R. wiederum in **Beschlussform** entschieden wird, wenn ein **gleichgestelltes Kollegium** entscheidet.

IV. DIE BEDEUTUNG VON QUOREN, INSBESONDERE DES MEHRHEITSPRINZIPS, FÜR ZUSTANDEKOMMEN UND INHALT VON BESCHLÜSSEN

58 Bei Beschlüssen im begrifflich logischen Sinn ¹⁷⁹, d.h. bei einer in einem externen Beschlussfassungsverfahren entstandenen Entscheidung mehrerer natürlicher Personen, stellt sich die Frage, ob sie nur dann zustandekommen, wenn eine **Mehrheit** ¹⁸⁰ **der von diesen abgegebenen bzw. vertretenen oder sogar von sämtlichen Stimmen erreicht wurde oder ob eine Beschlussfassung auch mit nur einer Minderheit der massgebenden Stimmen möglich ist** ^{181 182}. In der Aktienrechtsliteratur finden sich bisher zu dieser Problematik lediglich einseitige Stellungnahmen zugunsten der einen oder anderen Theorie, ohne dass umfassend auf die abweichenden Ansichten eingegangen würde. Deshalb wird im folgenden versucht, eine zusammenhängende Uebersicht über den Meinungsstand zu geben ¹⁸³. Diskutiert wurde das Problem m.W. lediglich für GV-Beschlüsse. Es stellt sich aber für sämtliche Organbeschlüsse. Die folgenden Ausführungen gelten daher analog auch für Verwaltungsratsbeschlüsse ¹⁸⁴.

178 Vgl. dazu sogleich RZ 78 ff.

179 Vgl. dazu vorne RZ 50.

180 Es kann zunächst offenbleiben, ob es sich um eine einfache oder eine qualifizierte Mehrheit handelt.

181 Vgl. zum Begriff der Stimme hinten § 4 RZ 60 ff.

182 Vgl. zu den weiteren Begriffselementen des Beschlusses Hueck, Generalversammlungsbeschlüsse 20ff; Hensel 141 und vorne § 1 RZ 29 und hinten § 4 RZ 3.

183 Vgl. sogleich RZ 60 ff.

184 Betreffend allfällige Schranken der weiteren Erschwerung von Beschlüssen vgl. ausführlich hinten bei § 5. In diesem Zusammenhang wird das Mehrheitsprinzip nicht als Konsti-

59 Das Gesetz erwähnt zwar das Mehrheitsprinzip in OR 703. Es gibt aber **keine Antwort auf die Frage, ob das Erreichen einer Mehrheit begriffsnotwendig für einen Beschluss und das in dieser Norm enthaltene Wort "Mehrheit" damit zwingend oder dispositiv ist**^{185 186}. Eine Antwort lässt sich - entgegen der Feststellung von Böckli¹⁸⁷ - auch nicht aus OR 627 Ziff. 11 ableiten. Ein Bezug dieser Norm zu OR 703 in dem Sinne, dass diese Bestimmung durch erstere eingeschränkt werden soll, findet sich nicht. Vermutlich hat der Gesetzgeber an Minderheitsquoten bei der Aufstellung von OR 627 Ziff. 11 gar nicht gedacht, weil das Gesetz selber nur **qualifizierte Mehrheitsquoten** erwähnt¹⁸⁸, womit eine **Lücke** vorliegt¹⁸⁹. Dies zeigt sich auch darin, dass nach h.L. nicht nur Mehrheits-, sondern auch Anwesenheitsquoten darunter zu subsumieren sind¹⁹⁰. Nach der Ansicht von einem Teil der Lehre sind sodann - wie noch zu zeigen sein wird - auch Minderheitsquoten und das relative Mehr zulässig¹⁹¹, welche ebenfalls im Wortlaut der fraglichen Norm nicht erwähnt sind, sondern durch diesen - wäre er ausschlaggebend - ausgeschlossen würden. Aufgrund dieser Ueberlegungen sowie wegen der ratio dieser Norm, welche in der Festsetzung eines **Statutenvorbehalts** für innergesellschaftliche Quoren der GV besteht, lässt sich auch hier kein Anhaltspunkt für eine zwingende Geltung des Mehrheitsprinzips durch das Gesetz finden¹⁹². Für die Generalversammlung sind im Gesetz lediglich betreffend einige z.T. zwingend die Beschlussfassung über bestimmte Gegenstände erschwerende Quoren enthalten¹⁹³. **Echte Minderheitsbeschlüsse sind nirgends vorgesehen**¹⁹⁴. Für den **Verwaltungsrat**

tutiverfordernis bezeichnet, sondern es wird seine weitere Erschwerung im Interesse der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft als unzulässig erachtet, ohne dass die Rechtsfolgen einer gegen dieses Prinzip verstossenden Regelung festgestellt werden.

185 Vgl. dazu Feldmann 62 und Hueck, a.a.O. 10. Vgl. dazu auch hinten § 5 RZ 39.

186 Vgl. demgegenüber das (d)AktG, wo in § 133 I der einseitig zwingende Charakter des (einfachen) Mehrheitsprinzips für die Beschlussfassung ausdrücklich normiert wird.

187 Derselbe, Revision 267 FN 95.

188 Vgl. hinten RZ 74 ff.

189 Vgl. hinten RZ 74 ff.

190 Vgl. etwa Schucany, Art 627 N 13 und 16 sowie hinten § 5 RZ 15.

191 Vgl. etwa F. von Steiger, Aktiengesellschaft 71 und hinten RZ 71 ff.

192 Vgl. auch Geilinger 36 f, 45; Schucany Art. 627 N 16 und Siegwart Art. 627 N 14; Jndermaur 11; Egger Art. 66/67 N 9 sowie F. von Steiger, a.a.O. 70, welcher erklärt, OR 627 Ziff. 11 stelle lediglich eine Wiederholung von OR 627 Ziff. 1 dar.

193 Vgl. OR 648 I, 649 I und II, 655, 658 etc.

194 Die sog. Minderheitsverlangen gemäss OR 699 III und 736 I Ziff. 4 sind Berechtigungen von Aktionären, deren Anteile einen geringen Bruchteil des Grundkapitals ausmachen, bestimmte Massnahmen zur Durchsetzung ihrer Ansicht zu ergreifen, und keine Organbeschlüsse, da sie unabhängig vom Stimmrecht ausserhalb der Generalversammlung gefasst werden können und damit unmittelbar aus der Mitgliedschaft fliessen, vgl. Kemahlioglu 60f und hinten § 3 RZ 36 ff.

finden sich im geltenden Recht - ausser in OR 716 - **keine Quorumsvorschriften** ¹⁹⁵.

60 Das Bundesgericht qualifiziert mit der "**Unterwerfungsformel**" ¹⁹⁶ das Mehrheitsprinzip als **Grundlage** des Aktienrechts. In BGE 78 III 43 bezeichnet es GV-Beschlüsse, welche nicht mit einer vom Gesetz zwingend vorgeschriebenen Mehrheit gefasst wurden, als **nichtig**, in BGE 80 II 278, 86 II 88 und 93 II 35 dagegen als **anfechtbar** ¹⁹⁷. Sodann erklärte es aber im Entscheid 95 II 559 - in Anlehnung an Bär - ¹⁹⁸, bei Stimmengleichheit habe ein **Antrag** die nötige Mehrheit nicht gefunden und sei **abgelehnt**; ebenso sei eine Wahl **nicht zustandegekommen**, wenn die Kandidaten dieselbe Stimmenzahl erreichten. Damit erklärt das Bundesgericht das Mehrheitsprinzip zwar als massgebend, aber nicht für den Beschluss, sondern für die vorgesehene **Rechtsveränderung** ¹⁹⁹. Ob daraus aber der Schluss gezogen werden kann, das höchste Gericht erachte das Mehrheitsprinzip generell nicht als Beschluss-, sondern als **Rechtsveränderungsvoraussetzung** erscheint mir im Hinblick auf die erstzitierten Entscheide als fraglich. Ueber Minderheitsquoten hat es sich aber m.E. noch nie geäussert.

61 Die **Lehre** ist sich in diesem Punkt gänzlich **uneinig**. Sie ist gespalten in **zwei Gruppen**:

62 Die **eine Gruppe** erachtet das **Mehrheitsprinzip als zwingenden Bestandteil für die Grundstruktur, das demokratische Prinzip und die körperschaftliche Organisation der AG** ²⁰⁰.

63 Dieses Prinzip sei **nicht nur ein Verfahren**, in ihm liege vielmehr auch das **Mittel zur richtigen körperschaftlichen Willensbildung** überhaupt ²⁰¹, ermögliche es doch allein die zur **Teilnahme am Rechtsverkehr**

195 Vgl. demgegenüber E 713 I und dazu hinten § 10 RZ 2 ff.

196 Vgl. BGE 102 II 269; 99 II 55, ähnlich 95 II 163, 84 II 20. Vgl. dazu hinten § 3 RZ 19.

197 Vgl. dazu hinten bei § 6 RZ 3ff und RZ 15aff.

198 Vgl. derselbe, aktuelle Fragen 431.

199 Vgl. dazu ausführlich hinten RZ 78 ff.

200 So u.a. B. Hess 147; Heini 562, 565; Haymann, Aktienübernahmevereinbarungen 24f und a.a.O. Anm. 125; Strub 115; Hug 4f; Mandel 51 m.w.H.; Mengiardi, Reformen 41f; Mijalovic 19; Nenninger 73; Funk Art. 703 N 3. Ähnlich auch von Greyerz, Aktiengesellschaft 10 und offenbar auch Stauber 22 ff.

201 Hensel 149, 151ff m.w.H. und Egger, Art. 66/67 ZGB N 1.

notwendige einheitliche Beschlussfassung²⁰², welche das Funktionieren der Gesellschaft sowie die Uebereinstimmung von Einlage, Risiko und Einfluss gewährleiste²⁰³. Die AG gründe sogar auf dem Mehrheitsprinzip²⁰⁴, und ihr wirklicher Wille könne nur auf diesem Weg gebildet werden²⁰⁵. Es werde nur durch den Grundsatz von Treu und Glauben, durch die Anerkennung wohlervorbener Rechte, die erschwerten Beschlussfassungen und durch die Anfechtungsklage eingeschränkt²⁰⁶. Der Wille der Mehrheit²⁰⁷ sei der Wille der AG²⁰⁸. Man könne nicht als rechtswirksamen Beschluss ansehen, was nur von einer Minderheit befürwortet werde, denn sonst würde zum Beschluss erhoben, was von einer Mehrheit von Stimmen verworfen worden sei²⁰⁹.

64 Daher könne ein Beschluss erst dann entstehen, wenn "eine im Verhältnis zur Gesamtzahl der einzelnen Willenserklärungen die Mehrheit bildende Summe von gleichlautenden Erklärungen"²¹⁰ vorliege²¹¹. Dabei lassen sich folgende Meinungen auseinanderhalten:

65 Die Mehrheit der Autoren stellt auf das absolute Mehr²¹² der vertretenen (oder z.T. auch der abgegebenen) Stimmen als Mindestvoraussetzung für das Entstehen eines Beschlusses ab²¹³. Nur

202 Stebler 16; Goldschmidt, Grundfragen 41.

203 Bartomé 58; Mandel 51; Mijalovic 19; Nenninger 73; vgl. auch von Greyerz, Aktiengesellschaft 164f.

204 Schluep, wohlervorbene Rechte 257.

205 Von Waldkirch 48; Ensslin 61.

206 Funk Art. 703 N 3; Schluep SAG 33 (1961) 141ff; derselbe, wohlervorbene Rechte, 257; derselbe, Anfechtungsrecht 209.

207 Zum Begriff der Mehrheit vgl. bei Berechnung hinten § 4 RZ 77 ff.

208 Von Waldkirch a.a.O.; Ensslin a.a.O.; Pinösch 48; Mijalovic 19; Stebler 18 und von Tuhr/Peter 145. Vgl. auch U.Wehrli 100, welcher feststellt, der GV-Beschluss habe mit dem Verwaltungsratsbeschluss gemeinsam, dass er den Willen einer Mehrheit feststelle, und Schaub 159 ff.

209 B. Hess 146.

210 Hensel 148, vgl. auch Gauch/Schluep/Jäggi N 125.

211 Stebler 19; Hensel 148ff, 153, 157 m.w.H. in Anm. 13; Rohrer 5; Ensslin 61; U.G. Frei 64, 74, einschränkend 58; Feldmann 13; Frei, Beschlussfähigkeit 109f; U. Wehrli 100; Henggeler 103; B. Hess 146ff; Heini 562, 565; Pinösch 38f; Brunner 35; Schett 108; Strub 115; Wieland 95; ähnlich auch Kemahlioglu 53f und Jagmetti 10, 25; Meier 51; Bürgi Art. 703 N 3; Peyer 1f; von Greyerz, Aktiengesellschaft 189f, welcher den Beschluss auf S. 189 noch als Ergebnis eines Abstimmungsverfahrens definiert und das Element der Mehrheit erst S. 190 als Voraussetzung für einen Beschluss erwähnt. Vgl. auch Forstmoser/Hirsch, Revision 36: "Für den Fall, dass keine statutarische Ordnung besteht, ist es besser vorzusehen, dass ein Beschluss im Verwaltungsrat nicht zustande gekommen ist, wenn sich keine Mehrheit dafür bilden konnte."

212 Zum Begriff vgl. hinten § 2 RZ 42 ff.

eine **Minderheit** erachtet davon abweichend **auch das relative Mehr** ²¹⁴ als zulässig, wobei diese Mehrheit nach beiden Theorien **sowohl zustimmend wie auch ablehnend** sein kann ²¹⁵.

- 66 Einige Vertreter halten **weitergehend dafür**, dass **nur eine absolute Mehrheit von den Antrag annehmenden**, also "**positiven**" **Stimmen das Entstehen eines Beschlusses** bewirke, nicht aber die entsprechende Anzahl negativer **Stimmen** ²¹⁶. Die entsprechende Anzahl **negativer** Stimmen lässt hier - im Unterschied zur erstgenannten Meinung - **keinen** Beschluss entstehen.
- 67 Z.T. wird aber auch die **eingeschränkere** Meinung vertreten und erklärt, **nicht das Erreichen des absoluten Mehrs im speziellen**, sondern einfach "**ein korrekt begründetes Mehrheitsprinzip**" ²¹⁷ oder sogar **sämtliche Mehrheitsquoten** seien **Konstitutivvoraussetzungen für die sie betreffenden Beschlüsse** ²¹⁸. Nach dieser letzteren Theorie wären daher auch das **relative Mehr** oder sogar das **Proporzsystem** ²¹⁹ noch genügend für das Entstehen von Beschlüssen, welche nicht einem qualifizierten Mehr unterworfen sind. Einem qualifizierten Mehr unterliegende Beschlüsse können jedoch nach dieser Meinung auch dann **nicht zustandekommen**, **wenn lediglich das absolute Mehr erreicht wurde, weil das für sie geltende qualifizierte Mehr** nun an dessen Stelle tritt und eine Gültigkeitsvoraussetzung darstellt. Nach der ersten hier aufgelisteten Ansicht bewirkt demgegenüber nur die **Verletzung des absoluten Mehrs die absolute Rechtsunwirksamkeit** des entspre-

213 So ausdrücklich Henggeler 103; B. Hess 146ff; Wieland 96; Hensel 157; Ensslin 61. Funk Art. 703 N 3; Hueck, Generalversammlungsbeschlüsse 10; von Greyerz, Aktiengesellschaft 190f; Brunner 35; Frei, Beschlussfähigkeit 109f; U.G. Frei 64, 74; Jagmetti 25; Pinösch 30; Schett 108; Brunner 35; Mandel 51.

214 Vgl. zum Begriff hinten § 2 RZ 48 ff.

215 Hensel 166; Rohrer 5 FN 29; U.G. Frei 58f, 61; Haymann 24; Haunreiter 10; Schett 110; Feldmann 60f; F.von Steiger a.a.O. 194.

216 Egger Art. 66/67 N 8; Strub 107, 115; Kemahlioglu 53; Brunner 35; Frei, Beschlussfähigkeit 110; Funk a.a.O.

217 U.G. Frei 58, 64 und Rohrer 5 Anm. 29.

218 So Schaad 48; Künzli 22; Rohrer 5 FN 29; Kistler, Beschlussfassung 149, welcher jedoch statutarische Minderheitsquoten zulässt, sowie Hensel 152f, welcher die einfachen und qualifizierten Mehrheitserfordernisse für einen positiven Beschluss als zwingend erachtet, wogegen für einen negativen Beschluss stets das einfache Mehr genüge. Ähnlich auch Siegwart Art. 649 N 11.

219 Vgl. dazu hinten § 2 RZ 48 ff.

chenden Beschlusses. Ist zwar dieses, nicht jedoch ein weiteres qualifiziertes Mehr eingehalten worden, so liegt danach immerhin noch eine **"relativ bedingte Wirksamkeit"** vor ²²⁰.

68 Die Mehrheit der Autoren erklären aber das **Mehrheitsprinzip im eingangs geschilderten Sinn** ²²¹ als **Konstitutivvoraussetzung** sowohl für einen positiven, wie auch für einen den Antrag ablehnenden **"negativen" Beschluss** ²²².

69 Die **Konsequenzen** dieser Theorie liegen darin, dass **ohne das Erreichen einer Mehrheit**, sei es das absolute Mehr der vertretenen oder abgegebenen Stimmen ²²³ oder eine nach anderen Grundsätzen zu berechnende einfache oder qualifizierte Mehrheit von Stimmen ²²⁴, **kein positiver oder negativer Beschluss zustandekommen kann** ²²⁵ und somit ein **"Nichtbeschluss"**, ein **"juristisches Nichts"** vorliegt ²²⁶, welches nicht angefochten werden kann und auch nicht zu protokollieren ist ²²⁷. **Die Verhinderung eines positiven Beschlusses** bringt nach der Mehrheit der Autoren also nicht **ipso iure** einen negativen Beschluss zum Entstehen, sondern beruht seinerseits auf einem negierenden Antrag und auf einem Mehrheitswillen ²²⁸. **Minderheitsbeschlüsse und Minderheitsquoten** sind daher schon aus begrifflichen Gründen nicht zulässig und OR 703 daher nach dieser Ansicht in bezug auf das Wort **"Mehrheit"** zumindest einseitig zwingend ²²⁹.

70 Implizit tendieren auch sämtliche **Kommentare zum Aktienrecht** sowie die **Handbücher von Greyerz und von Steiger** eher zu dieser Ansicht, indem sie die **Möglichkeit von Minderheitsbeschlüssen bzw. z.T.**

220 B. Hess 148.

221 Vgl. vorne, "erste" Meinung, RZ 65.

222 Rohrer 5ff, 7; von Greyerz, Aktiengesellschaft 189ff; Staub 115.

223 Vgl. die Vertreter dieser Ansicht vorne bei "erste Meinung" RZ 65.

224 Vgl. § 2 RZ 57 ff und § 4 RZ 89 ff.

225 Vgl. vorne RZ 68 ff.

226 Von Greyerz, Aktiengesellschaft 191 m.w.H. in Anm. 6; U.G. Frei 64; ebenso das Zürcher Obergericht in ZBGR 63 (1982) E 58 S. 364.

227 Vgl. dazu hinten § 6 RZ 23ff.

228 Hensel 153 und vorne RZ 65.

229 So ausdrücklich Haefliger 91; Landolt 171; Zehnder 92; Hensel 154, 156; Henggeler 103; Mielke 117f; Pinösch 38f; Scherrer 58; Schett 110; Kemahlioglu 54, 57 m.w.H.; Henggeler 103; Plüss 39.

auch das **relative Mehr nicht einmal erwähnen** ²³⁰, sondern im Zusammenhang mit den innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten von OR 703 lediglich **weitere Erschwerungen der Beschlussfassung** erörtern ²³¹. Auch betreffend die Rechtslage beim Verwaltungsrat ziehen die Kommentare und Handbücher zu dieser Problematik die Möglichkeit des relativen Mehrs nicht in Betracht ²³².

71 Nach der Ansicht der **zweiten Gruppe** ist das **Erreichen einer** (allenfalls sogar nur den Antrag annehmenden) ²³³ **Mehrheit von Stimmen kein zwingendes Begriffselement des Beschlusses**, ohne welches ein solcher nicht entstehen kann ²³⁴.

72 Dass z.B. GV-Beschlüsse einer gewissen Mehrheit bedürften, ergibt sich nach der Meinung dieser Autoren **nicht aus dem Begriff oder dem Wesen des Beschlusses**, sondern höchstens **aus positiven Gesetzesbestimmungen in den Körperschaftsrechten, welche i.d.R. abänderbar seien** ²³⁵ ²³⁶. **Begrifflich** sei es aber durchaus **denkbar, dass ein Beschluss auch dann zustandekomme, wenn er nur eine Minderheit der abgegebenen Stimmen auf sich vereinige** ²³⁷. Das Abstellen auf das **relative Mehr** sei daher **zulässig** ²³⁸ und **OR 703 ganzheitlich dispositiv, womit positive Minderheitsbeschlüsse möglich seien** ²³⁹. Werde eine vom **Gesetz gefor-**

230 Einzig Funk widersetzt sich ausdrücklich der Möglichkeit des relativen Mehrs, vgl. Kommentar, Art. 703 N 3. Auch Forstmoser erwähnt bei den Abweichungen von OR 703 in "erleichterndem Sinn" lediglich das "einfache" anstelle des absoluten Mehrs und keine Minderheitsquoten, vgl. derselbe, Aktienrecht § 16 N 160 Anm. 318.

231 Bürgi Art. 703 N 3; Funk Art. 703 N 3; Schucany Art. 703 N 1f; von Greyerz, Aktiengesellschaft 164f. Einzig F. von Steiger erachtet das relative Mehr als zulässig, vgl. derselbe, Aktiengesellschaft 71, 197, 207f. Vgl. zum ganzen auch Plüss 39.

232 Schucany Art. 712 N 2; von Greyerz, Aktiengesellschaft 206; F. von Steiger a.a.O. 234ff; Funk Art. 712 N 1ff; Bürgi Art. 716 N 6ff.

233 Vgl. vorne RZ 66.

234 Geilinger 16ff, 25ff (m.w.H. in Anm. 227), 29, 142; Hueck, Generalversammlungsbeschlüsse 11ff; derselbe, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 47 m.w.H. in Anm. 35; Bruderer 24ff; Feldmann 46f; Jacusiel 16ff, 19; Schaffner 83; Schilling 263; Kohler 52, unklar jedoch 56f; ähnlich auch Zehnder 93; Jndermaur 11, 12 Anm. 10; Hug 82. Auch Schluep anerkennt Durchbrechungen des Mehrheitsprinzips, auf dessen Beibehaltung der Aktionär jedoch ein wohlverworbenes Recht habe "so, wie es gesetzlich ausgestaltet ist" (wohl-erworbene Rechte, 257). Daher könne nur aufgrund eines einstimmigen Beschlusses aller Aktionäre davon abgewichen werden (a.a.O.). Ebenso Geilinger 44.

235 Jacusiel 19.

236 Kistler, Beschlussfassung 149; Jacusiel 21.

237 Jacusiel 19.

238 Feldmann 60f; U.G. Frei 58; F. von Steiger, Aktienrecht 197; Strub 108.

239 Geilinger 26; Feldmann 15 m.w.H. 47; Jndermaur 11f, 12 Anm. 10; Kistler a.a.O. 149.

derte Mehrheit oder ein anderes Quorum ²⁴⁰ nicht erreicht, so sei der gestellte Antrag einfach abgelehnt und ein negativer Beschluss entstanden, unabhängig davon, ob allenfalls die Gegenstimmen das Quorum erreichten oder nicht ²⁴¹. Wegen der Selbstverständlichkeit dieser Lösung habe der Gesetzgeber Ablehnungsbeschlüsse jeweils nicht besonders erwähnt ²⁴². Die Verwerfung eines Antrags sei ein Ablehnungs-Beschluss mit dem Inhalt, etwas nicht zu tun ²⁴³, welcher keinem Quorum unterliege. Damit stellen sich diese Autoren auch gegen die Ansicht, dass ein Beschluss erst dann entstehe, wenn eine Mehrzahl von positiven Willenserklärungen vorliege ²⁴⁴.

73 Auch Minderheits- bzw. den gestellten Antrag ablehnende Beschlüsse könnten somit immer nach OR 706 angefochten werden ²⁴⁵, und sie seien zu protokollieren. Diese Möglichkeit sei vor allem deshalb von Bedeutung, weil gewisse negative Beschlüsse auch positive Rechtswirkungen zeitigten, so z.B. wenn ein abgelehnter Antrag binnen bestimmter Frist nicht mehr aufgenommen werden könne oder wenn die Ablehnung durch Mitstimmen eines nicht stimmberechtigten Aktionärs zustande gekommen sei und durch Anfechtungsklage das mangelnde Stimmrecht des betroffenen Aktionärs festgestellt werden solle, damit er bei Wiederholung der Abstimmung nicht wieder mitstimme ²⁴⁶. An der Beseitigung der Nebenwirkungen von ablehnenden Beschlüssen könne daher - auch wenn diese von einer Minderheit gefasst werden - ein Interesse bestehen ²⁴⁷.

240 Jacusiel 21; Hueck, Generalversammlungsbeschlüsse 11 ff; derselbe, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 52.

241 Jacusiel 21; Hueck, Generalversammlungsbeschlüsse 11, 13; Geilinger 25f; Zöllner 12; Kehmahlioglu 53; Bär, aktuelle Fragen 431; Haeffliger 84 (vgl. auch 92: "Eine Abstimmung hat immer einen Beschluss zur Folge, sei er auch ablehnend."); vgl. auch Feldmann, welcher festhält, dass schon allein der Umstand, dass ein positiver Beschluss verhindert wurde, Anlass genug sein sollte, die Beseitigungsmöglichkeit zu legalisieren (84); ähnlich auch Forstmoser, Aktienrecht § 10 N 184, a.M. jedoch in § 7 N 119.

242 Jacusiel 21.

243 Feldmann 46; Bruderer 26; Jacusiel 21 und Hensel 165: "... infolge des negativen Entscheides unterbleibt die beantragte Aenderung des Rechtszustandes."

244 Vgl. vorne RZ 66.

245 Jacusiel 22; Feldmann 47; Hueck, Generalversammlungsbeschlüsse 14; Geilinger 26; Haeffliger 92.

246 Hueck, a.a.O. 14; Geilinger 26.

247 Geilinger a.a.O.

74 Dieser **zweiten Theorie** ist m.E. der **Vorzug** zu geben. Nebst den bereits erwähnten, überzeugenden Erwägungen ihrer Befürworter sind noch folgende **Argumente** ins Feld zu führen:

75 Das Aktienrecht beinhaltet **keine ausdrückliche Regelung über die Möglichkeit von Minderheitsbeschlüssen** ²⁴⁸ und **über den gestellten Antrag ablehnende Beschlüsse**. Es ist **jedoch nicht anzunehmen**, es liege ein **qualifiziertes Schweigen** und damit ein **Verbot des Gesetzgebers** ²⁴⁹ vor. Dies einmal deshalb, weil im Zweifelsfall im **Privatrecht** wegen der hier geltenden **Privatautonomie** allgemein davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber dort, wo er nicht zwingende Verbots-Normen aufgestellt hat, eine **freiheitliche Ordnung** wollte ²⁵⁰, und sodann, weil er im **Aktienrecht** selber verschiedentlich auf die **Willensäußerungen einer Minderheit** abstellt, welche auch für die Mehrheit verbindlich ist ²⁵¹. Dies ist der Fall z.B. bei den **Minderheitsverlangen** ²⁵², welche in ihrer Bedeutung z.T. einer **Beschlussfassung gleichkommen** ²⁵³ und sehr weittragend sind ²⁵⁴, sodann auch bei den sog. **negativen Minderheitenrechten**, die bei **qualifizierten Quoren** für **Sperrminoritäten** entstehen: Diese haben die Mög-

248 Die Auslegung von OR und E 703 ist unklar, vgl. RZ 59.

249 Vgl. dazu Meier-Hayoz Art. 1 N 255.

250 Vgl. Weber 30: "Mit der Freiheit im Bestimmen des Statuteninhalts steht und fällt die Privatautonomie auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts überhaupt." und Strub 43: "Der schweizerische Gesetzgeber hat sich bekanntlich zugunsten der Privatautonomie entschieden, d.h. er delegiert einen Teil seiner Kompetenz, materielles Recht zu setzen, an Private." Deschenaux 18; Heini 543; vgl. auch die Beispiele bei Meier-Hayoz a.a.O. N 274.

251 Ebenso: Beer 7.

252 Vgl. OR und E 699 III und 736 I Ziff. 4.

253 Geilinger bezeichnet denn auch die Minderheitsverlangen als Beschlüsse (25,36), ebenso Jacusiel 19 und Hueck, Generalversammlungsbeschlüsse 11 ff sowie Jndermaur 30; vgl. dazu auch § 3 RZ 36 ff.

254 So vor allem die Auflösungsklage, vgl. OR 736 I Ziff. 4. Diese "Beschlussfassungen" der Minderheit betreffen nach geltendem Recht stets nur die Anrufung des Richters in einem bestimmten Bereich. Die Minderheit kann also nicht selber den entsprechenden Beschluss fassen, z.B. eine GV einberufen oder die Gesellschaft auflösen. Dies obliegt gegebenenfalls dem Richter. Deshalb sind diese Minderheitsentscheide weniger weittragend als eo ipso rechtsverändernde GV-Beschlüsse. Vgl. Bürgi Art. 699 N 26. Auch wird die Minderheit durch die Inanspruchnahme eines solchen Sonderrechts nicht zum Organ, vgl. Landolt 171, weshalb sie in diesem Fall höchstens eine organähnliche Sonderversammlung darstellt, vgl. dazu vorne FN 90. Nach neuem Recht trifft dies nur noch für die Auflösungsklage zu (vgl. E 736 Ziff. 4), während nun Aktionäre, welche selber über 10% des Grundkapitals oder Aktien im Nennwert von einer Million Franken verfügen, neu selber eine a.o. GV einberufen können (vgl. E 699 III).

lichkeit, **positive Beschlussfassungen** ²⁵⁵ und damit die **vorgesehenen Rechtsveränderungen dauernd zu boykottieren und damit zu verunmöglichen** ²⁵⁶ ²⁵⁷. Auch beim Abstellen auf **Stimmrechtsaktien** ²⁵⁸ kann effektiv eine Minderheit entscheiden ²⁵⁹. Die Normierung sog. **positiver Minderheitenrechte** ²⁶⁰ in Form von **Minderheitsquoren** und damit die **Zulassung des Minderheitsbeschlusses** erscheint daher durchaus als **systemkonform** ²⁶¹. Daher ist auch nicht zu befürchten, dass das **für die Körperschaften grundsätzlich geltende Mehrheitsprinzip so aus den Angeln gehoben und von dieser entstehenden grossen Entscheidungsfreiheit unangemessener Gebrauch gemacht würde**, denn dieses bleibt wohl der **"Grundsatz"** der Beschlussfassung in den Organen auch bei der Zulassung von Minderheitsbeschlüssen. Keine Satzung wird für "normale" Beschlüsse allgemein das Minderheitsprinzip normieren ²⁶². Wie schon der Gesetzgeber betreffend Minderheitenrechte allgemein, so wird auch eine Gesellschaft selber Minderheitsbeschlüsse i.d.R. auf **Einzelfälle** beschränken ²⁶³.

- 76 Auch enthält das Aktienrecht weder bezüglich der GV noch im Recht des Verwaltungsrats ein **allgemeines Präsenzquorum** ²⁶⁴. Damit genügt grundsätzlich die **Anwesenheit eines einzigen** (stimmberechtigten) ²⁶⁵ **Aktionärs bzw. Verwaltungsrats mit einer einzigen Stimme** ²⁶⁶ zur (positiven) **Beschlussfassung** ²⁶⁷

255 Vgl. dazu RZ 20 ff.

256 Dies, obwohl die negativen Minderheitsbeschlüsse i.d.R. weniger weit gehen als die positiven, vgl. Geilinger 27.

257 Geilinger 26; Weber 60 ("Die Quorumsbestimmung will vielmehr nur dafür sorgen, dass bei gewissen wichtigen Beschlüssen eine allfällige Minderheit berücksichtigt werden soll.").

258 Vgl. dazu hinten § 4 RZ 56

259 Vgl. auch hinten § 2 RZ 24.

260 Vgl. § 3 RZ 36.

261 Die "Anlehnung an den Geist des geformten Rechts" ist denn auch ein tragender Gesichtspunkt bei der Lückenfüllung, vgl. Meier-Hayoz Art. 1 N 344.

262 Hueck, Generalversammlungsbeschlüsse 15.

263 So ist z.B. die statutarisch eingeräumte Möglichkeit einer Minderheit, die Auflösung der Gesellschaft zu beschliessen, ein wirkungsvolles, wenn auch erheblich weitergehendes Korrelat zum fehlenden Austrittsrecht des Aktionärs und eine wirksame Kontrolle der Mehrheitsmacht.

264 Vgl. dazu sogleich § 2 RZ 5.

265 Vgl. dazu hinten § 4 RZ 64.

266 Vgl. hinten § 4 RZ 60 ff.

267 Zu den Begriffen "Entschluss" und "Beschluss" vgl. vorne RZ 50 ff.

über sämtliche Gegenstände, welche nicht einem qualifizierten Quorum ²⁶⁸ unterstehen ²⁶⁹. Das Argument der Vertreter der "Mehrheitstheorie" ²⁷⁰, es könne niemals als rechtswirksamer Beschluss qualifiziert werden, was nur von einer Minderheit befürwortet werde ²⁷¹, würde dazu führen, dass **"echte" Beschlüsse vor allem bei Publikumsgesellschaften mit verödeter Generalversammlung nie entstehen könnten: Selbst wenn sogar viele Versammlungsteilnehmer erschienen sind, kann bezogen auf das Grundkapital bzw. sämtliche Mitglieder auch unter dem Geltungsbereich des Mehrheitsprinzips effektiv ein Minderheitsentscheid vorliegen.** Dies ist dann der Fall, wenn **lediglich das absolute Mehr** der vertretenen Stimmen erreicht worden ist, die Versammlung insgesamt aber **schlecht frequentiert** wurde ²⁷² oder allgemein immer dann, wenn auf das **relative Mehr** abgestellt wird, weil hier immer **lediglich die abgegebenen Ja-Stimmen den Nein-Stimmen gegenübergestellt werden, unabhängig davon, wieviele der vertretenen oder sämtlichen Mitglieder effektiv an der Abstimmung teilgenommen haben** ²⁷³. Je nach Gesichtswinkel handelt es sich also auch bei Mehrheitsentscheiden in Wirklichkeit um den Willen einer Minderheit. Selbst das Postulat der Mehrheitsvertreter, **"irgendeine Mehrheit"** müsse in jedem Fall gegeben sein ²⁷⁴, kann unter Beibehaltung des Mehrheitsprinzips aus den Angeln gehoben werden: "Positive" Minderheitsentscheide können nämlich **auch eingeführt werden, wenn der Grundsatz, dass ein Beschluss zwingend eine Mehrheit von Stimmen auf sich vereinigen muss, beibehalten wird, indem z.B. statutarisch normiert wird, dass Rechtsveränderungen dann eintreten, wenn nicht eine qualifizierte Mehrheit ihr Veto einlege** ²⁷⁵. Im Ergebnis kommt diese Entscheidungsmöglichkeit

268 Vgl. z.B. OR 636, 648 I, 649 I und II etc. und dazu hinten § 7 RZ 69 ff.

269 So könnte ein einziger Aktionär z.B. die Auflösung der Gesellschaft beschliessen, weil dieser Entscheid von Gesetzes wegen keinem Quorum untersteht.

270 Vgl. vorne RZ 63 ff.

271 B. Hess 147, Pinösch 38f und vorne RZ 63 ff.

272 Vgl. Bartomé 58; Schucany, Art. 703 N 1; Schett 108.

273 Vgl. dazu hinten § 2 RZ 36 ff.

274 Rohrer 5 Anm. 19 und vorne RZ 63 ff.

275 Resolutivbedingung: Z.B. "Die Gesellschaft wird per Ende Jahr aufgelöst, wenn jeweils nicht eine qualifizierte Mehrheit oder sämtliche Stimmen die Weiterführung beschliessen". Vgl. dazu Heberlein 19.

der Sperr-Minderheit bzw. einer einzigen Stimme der Fassung des entsprechenden positiven Beschlusses gleich, also der Situation, in welcher die Statuten bestimmen würden, dass eine Minderheit bzw. ein Aktionär mit einer einzigen Stimme eine Rechtsveränderung beschliessen kann. Der einzige Unterschied besteht darin, dass hier die Rechtsveränderung **suspensiv-bedingt**, im zuerst geschilderten Fall dagegen **resolutiv-bedingt** zustandekommt. Die Entscheidungsmöglichkeit der Minderheit bleibt sich aber inhaltlich gleich.

- 77 Schliesslich ist noch auf das **öffentliche Recht** hinzuweisen. Wurde das **Volks- und allenfalls auch das Ständemehr** für eine eidgenössische Vorlage **nicht erreicht**, so wird **nicht angenommen**, das Volk habe keinen Beschluss gefasst, weil sich keine Mehrheit für den entsprechenden Antrag ausgesprochen habe. Vielmehr ist man sich einig, dass in diesem Fall **ein ablehnender Beschluss gefasst wurde** und zwar **unabhängig davon, ob die Gegenstimmen das erforderliche Mehr erreichten oder nicht** ²⁷⁶.

Die **Konsequenzen** dieser Ansicht sind folgende:

- 78 Das **Erreichen einer Mehrheit von Stimmen ist kein Begriffselement des Beschlusses**. Deshalb sind **Minderheitsbeschlüsse begrifflich zulässig**.

276 Vgl. z.B. NZZ Nr. 225 vom 19. September 1986 S. 17 betreffend die eidgenössische Kulturinitiative. "Der Eidgenössischen Kulturinitiative" ist mit 848'284 gegen 175'168 Stimmen in allen Kantonen die allseits **erwartete Absage** erteilt worden. ... Insgesamt aber ist die Kulturinitiative so massiv **abgeschmettert** worden, dass ein ähnlicher Vorstoss nach mehr Bund in der Kulturförderung für unabsehbare Zeit ausser Abschied und Traktanden fällt. Das klare **Verdict von Volk und Ständen** stellt im nachhinein nochmals den Entscheid einer hauchdünnen Mehrheit der Initianten in Frage, an ihrem Begehren à tout prix festzuhalten, womit auch die durchaus intakten Chancen für den Gegenvorschlag von Bundesrat und Bundesversammlung mutwillig verringert worden sind" (Hervorhebungen durch die Verfasserin).

Hier ist nirgends davon die Rede, das Volk habe keinen Beschluss gefasst. Die Absage wurde m.a.W. nicht an den Beschluss selber sondern an dessen **Inhalt**, nämlich am gestellten Antrag der Initiative erteilt, was auch sinnvoller und logischer ist.

- 79 **Organbeschlüsse** sind im Gesellschaftsrecht grundsätzlich dem **Mehrheitsprinzip** unterworfen, sei es, dass eine **Gesetzesnorm** das Erreichen einer einfachen oder qualifizierten Mehrheit für einen (positiven) Beschluss ²⁷⁷ zwingend oder dispositiv vorschreibt ²⁷⁸ oder dass dieser Grundsatz aus dem Sinn und Zweck eines Organbeschlusses oder aus einer ungeschriebenen Norm des Gesellschaftsrechts abgeleitet wird ²⁷⁹. Enthält aber eine Norm eines Körperschaftsrechts die Bestimmung, dass Organbeschlüsse mit einer irgendwie zu berechnenden Mehrheit zu fassen seien, falls die Statuten nichts anderes bestimmten ²⁸⁰ ²⁸¹, so ist anzunehmen, dass sich der dispositive Charakter der Bestimmung auch auf das Wort "Mehrheit" und nicht nur auf die Berechnung dieser Mehrheit bezieht, womit in diesem Bereich statutarisch der Minderheitsbeschluss eingeführt werden kann.
- 80 **Fehlt eine gesetzliche Norm gänzlich**, so besteht diesbezüglich **volle Regelungsfreiheit** ²⁸² und die **statutarische Einführung von Minderheitsbeschlüssen** ist wiederum **zulässig**. Im Recht der Generalversammlung und im künftigen Recht des Verwaltungsrates trifft für die (positive) Beschlussfassung ersteres ²⁸³ und für die (positive) Beschlussfähigkeit letzteres ²⁸⁴ ²⁸⁵, im geltenden Recht des Verwaltungsrats - mit Ausnahme von OR 716 - ausschliesslich letzteres zu ²⁸⁶, d.h. das Gesetz enthält durchwegs **keine** Regelung.

277 Vgl. dazu hinten RZ 85.

278 Vgl. OR 648 I, 649 I und II sowie etwa 703.

279 Vgl. dazu hinten § 8 RZ 45 ff.

280 Vgl. OR 703 und dazu § 7 RZ 334 f.

281 Falls Minderheitsquoten ausgeschlossen werden sollen, so wäre dies etwa mit der Formulierung "falls die Statuten keine grössere Mehrheit vorsehen" zu kennzeichnen.

282 Weber 64 und vgl. vorne RZ 75.

283 Vgl. OR 703, 648 I, 649 I und II etc.

284 Vgl. hinten § 2 RZ 5.

285 Vgl. Zehnder 101; Pinösch 38; Funk Art. 703 N 5; Bürgi Art. 703 N 24; Weber 64; Haefliger 93.

286 Vgl. hinten § 8 RZ 27 ff.

- 81 Wenn ein **gesetzliches Organ** ²⁸⁷ im **formell richtigen Abstimmungsverfahren** einen Entscheid gefällt hat ²⁸⁸, so liegt auch im Aktienrecht **immer ein Beschluss** vor ²⁸⁹, sei er auch **negativ**.
- 82 Das **Mehrheitsprinzip** wie auch die **davon abweichenden gesetzlichen und statutarischen Quorumsbestimmungen** ²⁹⁰ sind lediglich Entstehungsvoraussetzungen für einen **positiven Beschluss** ²⁹¹ und die darin vorgesehene **Rechtsveränderung** (z.B. Wahlen) ²⁹².
- 83 Erhält der **gestellte Antrag** ²⁹³ die **gesetzlich oder statutarisch geforderte Anzahl Stimmen nicht**, so gilt er als **abgelehnt** und es ist ein **negativer Beschluss** entstanden, welcher **keiner Quorumsbestimmung untersteht** und - wenn diese gesetzliche Möglichkeit besteht - **seinerseits angefochten werden kann und zu protokollieren ist** ²⁹⁴.
- 84 **Quoren** bestimmen daher - wie eingangs festgestellt wurde ²⁹⁵ - **nicht das Zustandekommen, sondern den Inhalt eines Beschlusses** insofern, als bei ihrer Einhaltung der Antrag als **angenommen** und bei Nichterreichen der vom Quorum geforderten **Anzahl Stimmen derselbe als abgelehnt gilt** ²⁹⁶, **unabhängig davon, ob im letzteren Fall ein Minderheits- oder ein Mehrheitsentscheid gegen den Antrag vorliegt** ²⁹⁷. Sie sind daher **Konstitutiv-**

287 Zum Begriff der GV vgl. hinten § 7 RZ 2 ff; zum Begriff der Verwaltung vgl. hinten § 8 RZ 1 ff.

288 Vgl. vorne RZ 27 ff und hinten § 4 RZ 3 sowie § 7 RZ 5 ff.

289 Ein solcher kann lediglich noch wegen seines Inhalts nichtig oder anfechtbar sein, vgl. OR 20 und 706 sowie allgemein U.G. Frei.

290 Ist schon das Mehrheitsprinzip kein Begriffselement des Beschlusses, so gilt dies für die übrigen Quoren erst recht.

291 Vgl. hinten RZ 84.

292 Vgl. dazu insbesondere BGE 55 II 559 und Bär, aktuelle Fragen, 431.

293 Anträge sind positiv zu formulieren ("wollt ihr [Rechtsveränderung] annehmen?"), vgl. Geilinger 30 und von Greyerz, Aktiengesellschaft 189. Im folgenden wird von der positiven Antragsstellung, d.h. von der **Antragsformulierung "wollt ihr den X Antrag annehmen"** und nicht **"... ablehnen"** ausgegangen. Der Antrag selber kann negativ sein ("Wollt ihr den Antrag auf Nichtgenehmigung des Protokolls annehmen?"). Eine Ausnahme ergibt sich allenfalls bei der sog. "Subtraktionsmethode", vgl. dazu hinten § 4 RZ 46.

294 Vgl. OR 702 III und 715 sowie Hueck, Recht der GV-Beschlüsse 14. Zur Regelung betreffend Verwaltungsratsbeschlüsse vgl. hinten § 6 RZ 14.

295 Vgl. vorne RZ 78.

296 Ebenso auch Haeffliger betreffend Mehrheitsentscheide (84).

voraussetzungen für die beantragten Rechtsveränderungen, nicht aber für die Beschlüsse selber.

- 85 Der **formrichtig zustandegekommene Beschluss** ²⁹⁸ eines gesetzlichen oder statutarischen Organs bzw. einer organähnlichen Versammlung ²⁹⁹ ist daher **immer eine Einheit**: Entweder ist er **positiv** oder **negativ**, m.a.W.: **Falls er nicht positiv ist, ist er negativ**. **Quoren unterteilen Beschlüsse somit nicht in positive, negative und "Nicht-Beschlüsse"**, sondern sie stellen die **Voraussetzungen für das Vorliegen eines positiven rechtsverändernden Beschlusses** auf ³⁰⁰. Sie geben Auskunft darüber, wieviele **"Ja"-Stimmen bzw. welche Präsenz für die Annahme eines Antrages vorliegen bzw. anwesend sein muss**. Zu den **"Nein"-Stimmen bzw. zur Verwerfung eines Antrages äussern sie sich nach der hier vertretenen Ansicht nicht** ³⁰¹. **Ist das Quorum nicht erreicht worden, liegt ein negativer Beschluss vor**. Ein **positiver Beschluss** wird im folgenden also gleichgesetzt mit einem **den gestellten Antrag annehmenden**, ein **negativer Beschluss** mit einem **den Antrag ablehnenden** Entscheid.
- 86 **Quoren sind daher nicht Beschlussvoraussetzungen, sondern Rechtsveränderungsvoraussetzungen** ³⁰²: Von ihrer Einhaltung hängt **nicht das Entstehen eines Beschlusses**, sondern **die geplante und im Antrag formulierte** ³⁰³ **Rechtsveränderung** ab ³⁰⁴. Die **Annahme eines Antrags** durch die vom Quorum geforderte Stimmenzahl bewirkt nämlich i.d.R. (vgl. vorne FN 293) die **Aenderung eines Rechtszustandes** ³⁰⁵ und nicht das Zustandekommen

297 Vgl. vorne RZ 75.

298 Vgl. vorne RZ 81.

299 Vgl. unten RZ 37 FN 93, § 7 RZ 27 ff.

300 Vgl. auch Geilinger 30. Die in der Lehre und Rechtsprechung postulierte "Sanktion" **Nichtigkeit** betreffend die Nichterreichung der Quoren trifft nach der hier vertretenen Ansicht somit nicht auf den **Beschluss**, sondern auf die **Rechtsveränderung** zu, was u.E. auch logischer ist, vgl. vorne Bsp. Kulturinitiative in FN 276 und hinten § 6 RZ 23 ff.

301 Vgl. demgegenüber vorne RZ 65 und hinten § 6 RZ 23 ff.

302 Ebenso Geilinger 30 und Hensel 165; ähnlich auch von Greyerz, Aktiengesellschaft 191.

303 Zur Antragsstellung vgl. FN 293.

304 Auch der negative Beschluss kann Rechtsfolgen mit sich bringen, vgl. vorne RZ 83 jedoch sind diese i.d.R. geringfügig. Kann über einen Gegenstand nach statutarischer Vorschrift z.B. nur alle 5 Jahre beschlossen werden, so gilt dies auch dann, wenn der gefasste Beschluss negativ ist.

eines Beschlusses ³⁰⁶. Sie setzen die **Bedingung** fest, unter welchen ein Gegenstand bzw. eine Materie, über welche abgestimmt werden soll, **eingeführt, abgeändert** oder **beseitigt** werden kann ³⁰⁷.

87 Damit sind die **Quoren** auch nicht **Entstehungs-, sondern Inhaltsvorschriften** betreffend Beschlüsse. Sie sind nicht "formeller", sondern "**materieller**" Natur .

88 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das **Erreichen einer Mehrheit zwar kein Begriffselement des Beschlusses** ist, dass im **Körperschaftsrecht jedoch grundsätzlich der z.T. geschriebene oder ungeschriebene Grundsatz gilt, dass Beschlüsse von einer Mehrheit zu fassen sind** ³⁰⁸. Weil dies jedoch **keine Begriffsvoraussetzung** für das **Entstehen eines Beschlusses** schlechthin, sondern - wie sämtliche **Quorumsbestimmungen** - lediglich eine **Voraussetzung für die Annahme eines Antrages** und damit **für das Entstehen eines positiven Beschlusses** ist ³⁰⁹, kann ein **Beschluss auch dann zustandekommen**, wenn die notwendige vom **Quorum geforderte Mehrheit nicht erreicht wurde**; in diesem Fall ist er einfach negativ, d.h. der Antrag **abgelehnt** ³¹⁰, unabhängig davon, ob der "negative" Beschluss seinerseits eine Mehrheit oder nur eine Minderheit von Stimmen erhält. Qualifiziert das Gesetz das Erreichen irgendeiner Mehrheit für bestimmte Organbeschlüsse als **dispositiv** oder enthält es keine Regelung, so kann statutarisch davon abgewichen und auch der **positive Minderheitsbeschluss** ³¹¹ eingeführt werden.

305 Aehnlich von Greyerz, Aktiengesellschaft 191.

306 Wie dies Egger anzunehmen scheint: "Ein Antrag wird zum Beschluss ... durch Annahme" (Kommentar zu Art. 66/67 ZGB N 8).

307 Vgl. die Bemerkungen bei Haeffliger 92 Anm. 47 betreffend die Décharge-Erteilung. Dort ist auch davon die Rede, dass mangels Erreichen eines Quorums die Entlastung nicht erteilt wurde und nicht darin, dass kein Beschluss zustandegekommen sei.

308 Vgl. vorne RZ 79.

309 Vgl. vorne RZ 85.

310 Vgl. vorne RZ 84.

311 Vgl. vorne RZ 80.

§ 2 ZULÄSSIGE QUORUMSARTEN UND -BEGRIFFE SO- WIE IHRE GESETZLICHEN ERSCHEINUNGSFORMEN

1 Im folgenden werden die **Quorumsarten** aufgezeigt und charakterisiert und zugleich einige diesbezüglich z.T. ungeklärte bzw. in der Lehre nicht einheitlich verwendete **Begriffe** erläutert. Die **gesetzlichen Quoren des geltenden und künftigen Aktienrechts** werden jeweils aufgeführt und hinten abschliessend in einem Schema zusammengefasst ¹. Zu den innergesellschaftlichen Quoren vgl. § 5.

2 Sämtliche Quoren erfüllen die Voraussetzungen **mindestens einer Quorumsart** jeder der im folgenden aufgeführten Gruppe:

I. PRÄSENZ- UND STIMMENQUOREN, GEMISCHTE PRÄSENZ-/STIMMENQUOREN

3 Wie bereits eingangs in § 1 RZ 10 ff erwähnt, lassen sich die Quoren zunächst in Präsenz- und Stimmenquoren unterteilen:

1. Präsenzquoren

4 Die **Präsenzquoren** fordern für die Fassung eines positiven Beschlusses eine bestimmte **Anwesenheit** in der Versammlung ^{2 3}. Sie geben Auskunft darüber, wieviele Stimmen bzw. Aktionäre bei der Abstimmung **anwesend** sein müssen, damit ein positiver Beschluss gefasst werden kann ⁴.

¹ Vgl. hinten RZ 67.

² Entsprechend der Problematik bei der Beschlussfassung (vgl. vorne § 1 RZ 58 ff) erachtet ein grosser Teil der Lehre und Rechtsprechung die Präsenzvorschriften als Beschlussfähigkeitsnormen, ohne deren Einhaltung ein Beschluss nicht entstehen könne, weil ein beschlussunfähiges Organ keine Beschlüsse fassen könne; vgl. z.B. Weber 63f; Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 120; von Greyerz, Aktiengesellschaft 189f; Brunner 35; Schett 109; Jagmetti 60; Bürgi Art. 703 N 24 und Art. 716 N 25; Kistler, Beschlussfassung 192; Frei, Beschlussfähigkeit 107; W.C. Vogel 246; BGE 78 III 43ff; ZBGR 25 (1944) 118 Nr. 3; ZBGR 63 (1982) 364 Nr. 58; a.M. Strub 103f; U.G. Frei 45f. Nach der hier vertretenen Auffassung normieren die Quoren aber Voraussetzungen nicht für die Fassung eines Beschlusses generell, sondern lediglich für die Entstehung eines **positiven** Beschlusses. Daher sind auch die Präsenzquoren Voraussetzungen für die im Antrag vorgesehene **Rechtsveränderung** (vgl. dazu vorne § 1 RZ 86 ff), **nicht für den Beschluss selber**.

³ Vgl. Weber 61f.

⁴ Vgl. dazu hinten bei § 4 RZ 52 ff.

5 Das Gesetz enthält **keine "allgemeine" Mindest-Präsenzvorschrift** für die (positive) Beschlussfassung der Organe der AG ⁵. Damit sind diese - falls eine entsprechende statutarische Vorschrift fehlt ⁶ - unabhängig von der Anzahl der vertretenen Stimmen, bei Anwesenheit - oder (soweit zulässig) Vertretung - schon eines einzigen (stimmberechtigten) ⁷ Mitgliedes ⁸ mit einer einzigen Stimme fähig, einen positiven Beschluss ⁹ zu fassen ¹⁰.

6 Lediglich in OR 649 I und II, 655, 658 und OR und E 701 finden sich für die GV **"reine" Präsenzquoren** betreffend Beschlüsse über besondere Gegenstände ¹¹. Jede Statutenvorschrift, welche allgemein eine Minimalpräsenz für einen (positiven) Organbeschluss vorschreibt, ist daher in dieser Hinsicht ein erschwertes (qualifiziertes) Quorum ¹². Zum "präsenzähnlichen" Quorum von OR 716 und E 713 II vgl. hinten § 8 RZ 34ff und § 10 RZ 12.

2. Stimmenquoren

7 Die **Stimmenquoren** stellen Vorschriften über die Fassung eines positiven Beschlusses selber, bzw. für dessen **Resultatermittlung** auf ¹³. Sie geben Auskunft darüber, mit welcher Zahl von "Ja"-Stimmen ein positiver Beschluss zustande kommen kann und nach welchen Kriterien sich diese bemessen ¹⁴.

8 Die **"reinen" Stimmenquoren** sind variabel und damit **unabhängig von der Präsenz an der Versammlung**. Sie stellen nicht auf eine fixe, zum

5 Von Greyerz a.a.O. 189; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 182, 193; Wieland 97 Anm. 10 und 100 m.w.H. in Anm. 27; Jagmetti 60; Geilinger 38; Kernahlioglu 50; Wander 40; Frei, Beschlussfähigkeit 107; Bär, aktuelle Fragen 506; Zehnder 101; Haeffliger 58; Pinösch 38; Bartomé 58.

6 Vgl. zu den statutarischen Quoren hinten § 5 RZ 21 ff.

7 Vgl. dazu hinten § 4 RZ 64 ff.

8 Ohne die Anwesenheit oder Vertretung eines einzigen Mitgliedes liegt eine General"versammlung" nicht vor, vgl. R. Frei a.a.O. und hinten § 7 RZ 5 ff.

9 Vgl. dazu vorne 1 RZ 85 ff.

10 Von Greyerz a.a.O. 189; Jacusiel 4 m.w.H. in Anm. 5; R. Frei a.a.O. 107; Geilinger 38; F. von Steiger a.a.O. 193.

11 Vgl. dazu hinten § 7 RZ 235 ff.

12 Geilinger 38.

13 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 30, 34.

14 Siehe hinten § 4 RZ 59ff.

voraus bestimmte Stimmenzahl ab, sondern richten sich nach der effektiven Frequenz an der Zusammenkunft bzw. den dort abgegebenen Stimmen ¹⁵.

9 Das Gesetz enthält in **OR 703** für die Generalversammlung eine solche Vorschrift, welche sich auf sämtliche Beschlüsse dieses Organs bezieht, die nicht einer - gesetzlich oder statutarisch davon abweichenden - anderen Stimmenquorumsbestimmung unterstehen ¹⁶. Diese Norm ist das "**grundsätzliche**", "**allgemeine**" **Stimmenquorum der Generalversammlung** ¹⁷. Auch in **OR 635 III** ist ein Stimmenquorum enthalten ¹⁸.

10 Der **Entwurf** enthält im wesentlichen ¹⁹ **nur noch reine Stimmenquoren**. **OR 703** wird unverändert beibehalten. In **E 704 I** sind sodann für die GV sämtliche Gegenstände, deren (positive) Beschlussfassung einem erschwerten Stimmenquorum unterstehen, aufgelistet. Für den Verwaltungsrat findet sich in **E 713 I** neu auch eine Bestimmung über die Beschlussfassung, wogegen im geltenden Recht eine solche fehlt ²⁰.

3. Gemischte Präsenz-/Stimmenquoren

11 Die **gemischten Präsenz-/Stimmenquoren** stellen "fixe" Vorschriften auf, welche zur Fassung bestimmter positiver Beschlüsse nicht nur die **Anwesenheit**, sondern auch die **Zustimmung einer zum voraus bestimmten Anzahl Stimmen** verlangen. ²¹ Daher sind sie gleichzeitig Anwesenheits- wie auch Abstimmungsnormen. Es müssen soviele Stimmen anwesend sein, wie für die positive Beschlussfassung erforderlich sind ²².

12 Das Aktienrecht enthält in **OR 623II**, **636**, **646 I** und **648 I** für die Generalversammlung solche Quorumsbestimmungen ²³. Gemäss **OR 650**

15 Vgl. dazu nachfolgend.

16 Vgl. dazu bei " § 7 RZ 339ff.

17 Zur Konkretisierung vgl. nachfolgend RZ 13ff.

18 Vgl. dazu hinten § 7 RZ 58ff.

19 Vgl. hinten § 9 RZ 9ff.

20 Vgl. hinten § 8 RZ 45 ff. Zur **OR 716** vgl. § 8 RZ 34ff und § 10 RZ 12.

21 Vgl. die Def. vorne § 1 RZ 25, wo eine "bestimmte" Anwesenheit bzw. "bestimmte" Anzahl Stimmen gefordert wird.

22 Vgl. vorne § 1 N 15 und hinten § 4 RZ 66ff.

23 Vgl. dazu ausführlicher hinten § 7 RZ 69 ff.

24 Vgl. hinten § 7 RZ 260 ff und RZ 69 ff.

gilt OR 636 auch bei der Kapitalerhöhung^{24 25}. Ferner ist in OR 657 V und E 657 IV ein solches Quorum normiert²⁶.

II. KAPITAL-, AKTIENZAHL- UND "KOPF"QUOREN

13 Der "**Masstab**" nach welchem die oben erwähnten Quorumsarten zu konkretisieren sind²⁷, ist einmal die Bestimmung darüber, ob bei der Feststellung der Präsenz bzw. der Stimmen auf das **Kapital**, die **Aktienzahl** oder auf die Zahl der **Mitglieder** abgestellt wird²⁸.

1. Kapitalquoren

14 **Kapitalquoren** normieren für die Präsenz oder die Fassung eines positiven Beschlusses selber einen **bestimmten** oder **bestimmbaren Teil**²⁹ **des Grundkapitals**³⁰.

15 Die Beschlussfassung nach Kapitalmehrheit ist im Recht der AG der **Normalfall**, indem grundsätzlich, d.h. vorbehältlich einer anderen Regelung die Mehrheit des Nennwertes der in der GV vertretenen Aktien entscheidet (Nominal- oder Nennwertprinzip)^{31 32}. Die gemischten Präsenz-/Stimmenquoren von OR 636 und 648 I sind Kapitalquoren, indem sie die Zustimmung von zwei Dritteln des gesamten Grundkapitals verlangen³³. Dieses Kapitalquorum ist zum vorneherein, d.h. schon **vor** der Generalversammlung bestimmt.

25 Zu OR 638 II und E 629 II, wo grundsätzlich auch Präsenz-/Stimmenquorum enthalten sind, vgl. hinten § 7 RZ 87 ff und § 9 RZ 9ff.

26 Vgl. dazu hinten § 7 RZ 294 ff.

27 Vgl. hinten RZ 68.

28 Nur auf die Mitglieder wird stets im **Verwaltungsrat** abgestellt, vgl. hinten § 2 RZ 60 und § 3 RZ 67 sowie § 8 RZ 34 und § 10 RZ 12.

29 Einen Bruchteil, einen Prozentsatz, "die absolute Mehrheit" des GK, der vertretenen "Stimmen" oder einen Teil der Aktionäre, vgl. nachfolgend RZ 31 ff und hinten § 4 RZ 70ff.

30 Vgl. Weber 63.

31 Vgl. Geilinger 39.

32 Vgl. Jagmetti 25; Wieland 96.

33 Vgl. hinten § 7 RZ 69 ff. Zu OR 635 III vgl. hinten RZ 27 und § 7 RZ 58ff.

16 Grundsätzlich erst an der Versammlung bestimmbar sind die Kapitalquoren von **OR und E 703** und von **E 704 I**, welche auf die absolute Mehrheit ³⁴ bzw. zwei Drittel der vertretenen Stimmen abstellen. E 704 I verlangt zusätzlich dazu die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte. Im "Normalfall" entspricht diese gleichzeitig zwei Drittteilen der vertretenen Stimmen, d.h. die beiden Quoren decken sich. Sind jedoch **Stimmrechtsaktien** ausgegeben ³⁵ worden, so bleibt das zweite ein Kapitalquorum, während das erste wie auch dasjenige von OR und E 703 nun in Aktienzahlquoren umgewandelt werden ³⁶.

2. Aktienzahlquoren

17 **Aktienzahlquoren** stellen für die Präsenz oder die positive Beschlussfassung selber auf eine **bestimmte oder bestimmbare Anzahl Aktien** ab ³⁷. Aktienzahlquoren sind insofern immer auch Kapitalquoren, als jede Aktie einen bestimmten Nennwert hat und somit einen bestimmten Anteil am Grundkapital verkörpert. Sie werden aber dennoch nur Aktienzahl- und nicht Aktienzahl-/Kapitalquoren genannt. Umgekehrt sind Kapitalquoren aber nicht gleichzeitig Aktienzahlquoren ³⁸.

18 Diese Quorumsart findet sich in den "**reinen Präsenzquoren**" von OR 649 I und II sowie 655 und 658, welche die Anwesenheit von mindestens zwei Drittteilen sämtlicher Aktien für die positive Beschlussfassung verlangen ³⁹ sowie in **OR 657 V** und **E 657 IV** betreffend Genussscheine ⁴⁰ und in **OR und E 701** betreffend die Präsenz an der Universalversammlung ⁴¹.

19 Auch sind sämtliche **Kapital-Stimmenquoren** dann Aktienzahl- und nicht Kapitalquoren, wenn eine Gesellschaft das **Stückstimmrecht** ⁴²

34 Vgl. zu diesem Begriff hinten RZ 42 ff.

35 Vgl. dazu im besonderen Teil bei § 7 RZ 107 ff und § 4 RZ 66 ff.

36 Zum Entwurf vgl. hinten § 4 RZ 64 ff.

37 Vgl. Weber 63 und hinten § 4 RZ 74 ff.

38 Vgl. oben RZ 16.

39 Vgl. hinten § 7 RZ 235 ff.

40 Vgl. dazu hinten § 7 RZ 294 ff und § 9 RZ 12. Zu OR 623 II, 635 III, 646 I, 638 II und E 629 II vgl. hinten RZ 27.

41 Vgl. hinten § 7 RZ 327 ff.

42 Vgl. Weber-Dürler 53f; OR 693 und hinten § 4 RZ 64 ff.

eingeführt hat, weil sich das Wort "Stimme" sodann auf "Aktien"stimme und nicht auf "Kapital"stimme bezieht ⁴³. Kapital- und Aktienstimmenquorum decken sich aber jeweils, falls ausschliesslich Aktien von demselben Nennwert ausgegeben wurden ⁴⁴. Andernfalls stimmt je nach den Nennwerten der erschienenen Aktien eine grössere oder kleinere als die nach Stimmen berechnete Quote des Grundkapitals zu ⁴⁵.

3. Kopfquoren

20 **Kopfquoren** sind ein **atypisches Element** im Recht der Generalversammlung der kapitalbezogenen Aktiengesellschaft, welche grundsätzlich nicht auf der Person des Teilhabers, sondern nach dem Grundsatz "soviel Kapital - soviel Rechte" auf seiner Kapitalbeteiligung aufgebaut ist ⁴⁶. Im (personenbezogenen) Recht des Verwaltungsrats wird dagegen **ausschliesslich** nach Köpfen abgestimmt ⁴⁷.

21 Jedoch sind **im Gesetz selber** zahlreiche **Abweichungen** von dieser Struktur durch die Berücksichtigung **personengesellschaftlicher Elemente** zu finden ⁴⁸:

22 Schon das **Institut der Generalversammlung** selber ist ein ausgesprochen personalistisches Element im Recht der Kapitalgesellschaften ⁴⁹. An der Diskussion können sich nur Gesellschafter und nicht Kapitalanteile beteiligen ⁵⁰. Daher ist die Anwesenheit (oder Vertretung) mindestens eines Aktionärs und nicht einer Aktie allein Konstitutivvoraussetzung ⁵¹. Der Begriff der "Versammlung" lässt

43 Vgl. zum Begriff der Stimme hinten § 4 RZ 60 ff.

44 Vgl. hinten § 4 RZ 69 ff.

45 Weber 64; Haefliger 97; vgl. auch hinten § 4 RZ 69 ff.

46 Forstmoser/Meier-Hayoz § 2 N 10ff; von Greyerz, Aktiengesellschaft 14, 53f; Bruderer 10; Geilinger 34. Dies zeigt sich vor allem beim Stimmrecht vgl. OR 692 sowie bei gewissen Minderheitsrechten, die nur "gebündelt" geltend gemacht werden können (OR 699 III und 736 I Ziff. 4) sowie bei den Vermögensrechten (vgl. OR 660 I, II und 652), und schliesslich auch bei der Legaldefinition, vgl. OR 620 I und dazu Forstmoser/Meier-Hayoz a.a.O.

47 Vgl. Bürgi Art. 716 N 9 und 708 N 40 ff, BGE 71 II 279, 71 I 188 und Schucany, Beschlussfassung 40 ff. Vgl. auch das Kopf"präsenz"quorum von OR 716 und E 713 II und dazu hinten § 8 RZ 34 ff und § 10 RZ 12.

48 Forstmoser/Meier-Hayoz a.a.O. N 12; von Greyerz a.a.O. m.w.H. in Anm. 12.

49 Weber-Dürler 53f mit interessanten Hinweisen in Anm. 51.

50 Weber-Dürler 54.

sogar darauf schliessen, dass der Gesetzgeber die Zusammenkunft mehrerer Mitglieder (und nicht Aktien) vor Augen hatte ⁵².

- 23 Sodann hat der **Kleinaktionär** an der Generalversammlung in vielem **die gleichen Rechte wie der Mehrheitsaktionär**: Er hat das gleiche Teilnahme- ⁵³, Meinungsäusserungs-, Frage-, Diskussions- ⁵⁴, Einsichts- und Auskunftsrecht ⁵⁵ sowie dasselbe Antragsrecht ⁵⁶ wie dieser. Ausserdem sind bei den aus dem Teilnahme-recht an der Generalversammlung fliessenden Rechte auch bei den Schutzrechten auf die Person des Aktionärs ausgerichtete Rechte zu finden ⁵⁷: So z.B. das Recht zur Anfechtung der GV-Beschlüsse ⁵⁸ und zur Verantwortlichkeitsklage ⁵⁹. Bei diesen Rechten handelt es sich um Individualrechte der Aktionäre, welche ein personalistisches Element im Aktienrecht darstellen ⁶⁰.
- 24 Das **Bundesgericht** bezeichnet sodann auch die Möglichkeit der **Schaffung von Stimmrechtsaktien** durch die statutarische Normierung des Stückstimmrechts ⁶¹ als eine auf die Person des Aktionärs zugeschnittene Regelung, weil damit unabhängig von der Kapitalbeteiligung ganz unterschiedliche Machtverhältnisse geschaffen werden und kapitalmässig effektiv kleine Minderheiten entscheiden könnten ⁶².
- 25 Sodann sind **Einmanngesellschaften** sowie **Einmannorgane** im schweizerischen Recht **ausdrücklich zugelassen** ⁶³. Weil auch ein generelles Präsenzquorum für die Beschlussfassung in den Organen fehlt ⁶⁴, können Beschlüsse somit u.U. von einem einzigen Aktionär

51 Vgl. vorne RZ 5 und hinten § 7 RZ 7.

52 Jacusiel 4; Strub 83.

53 Vgl. OR 689.

54 Weber-Dürler 54; Forstmoser/Meier-Hayoz a.a.O. § 34 N 34ff; Weber 62.

55 Vgl. OR 696/697.

56 Forstmoser/Meier-Hayoz § 34 N 34ff.

57 Forstmoser/Meier-Hayoz § 2 N 12.

58 Vgl. OR 706.

59 Vgl. OR 752ff.

60 Forstmoser/Meier-Hayoz § 34 N 7 und 33ff.

61 Vgl. OR 693.

62 BGE 95 II 561.

63 Vgl. OR 625 II, 707 und 727 sowie vorne § 1 RZ 50 ff.

64 Vgl. vorne RZ 5.

gefasst werden, was auch ein personalistisches Element im Recht der AG darstellt ⁶⁵.

- 26 Ferner kann eine **Kapitalherabsetzung auf Null** ⁶⁶ zum Kopfstimmprinzip führen, "da das Stimmrecht der aus den auf Null herabgesetzten Aktionäre unabhängig von der Anzahl ihrer Aktien auf eine Stimme begrenzt werden kann" ⁶⁷. Die "Stimmgarantie" von OR 692 II bezieht sich nämlich auf die **Person** des Aktionärs als Gesellschaftsmitglied und nicht auf seine Aktien ⁶⁸.
- 27 Dem Wortlaut nach ein eigentliches **Kopfstimmenquorum** ist so- dann in OR 623 II, 635 III, 638 II und 646 I und E 629 II enthalten, indem diese Normen auf die Zustimmung der Aktionäre bzw. Zeichner oder Gründer Bezug nehmen ⁶⁹. Indessen ist das Virilstimmprinzip im Aktienrecht durch die **zwingende Regelung des Stimmrechts in OR 692 und 693 ausdrücklich ausgeschlossen** worden und unzulässig ⁷⁰. Daher ist bezüglich dieser Normen - mit Ausnahme des Quorums von OR 638 II und E 629 II, welches sich auf die Gründerversammlung **vor** der Entstehung der AG be- zieht ⁷¹ - anzunehmen, der Gesetzgeber habe dabei die Zustimmung sämtlicher Aktionäre deren Zustimmung mit **sämtlichen sich in ih- rem Besitz befindlichen** Aktien ⁷² gleichgestellt, wie er dies in OR und E 701 betreffend die Universalversammlung formuliert hat: "Die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien können ... eine

65 Vgl. vorne § 1 RZ 76.

66 Vgl. OR 692 II.

67 Forstmoser, Aktienrecht, § 16 N 425 FN 793; Weber-Dürler 44.

68 Bürgi Art. 692 N 8.

69 Vgl. dazu Geilinger 124 und hinten § 7 RZ 38 ff.

70 Schucany Art. 692 N 1; Bürgi Art. 692 N 3, Art. 703 N 29; Horowitz 217; BGE 67 I 250. A.M. Geilinger 39f, welcher das Virilstimmprinzip als zulässig erachtet, ohne die zwin- gende gesetzliche Regelung des Stimmrechts in Betracht zu ziehen. Zu einer Ausnahme von dieser vgl. vorne RZ 26 und OR 638 II sowie E 629 II, vgl. dazu hinten § 7 RZ 87ff und § 9 RZ 9ff und nachfolgend FN 71.

71 Hier sind die Regeln über die konstituierende Generalversammlung - im Gegensatz zur Sukzessivgründung (vgl. Forstmoser a.a.O. § 9 RZ 291ff) wo die Beschlussfassungsre- geln der entstandenen AG gelten (vgl. OR 635 III und dazu hinten § 7 RZ 58ff) - **nicht** analog anzuwenden, vgl. Forstmoser, Aktienrecht § 9 RZ 106f. Es handelt sich hier um ein "**reines Kopfquorum**", das einzige, welches im Recht der GV zulässig ist. Die AG ist aber in diesem Zeitpunkt noch nicht entstanden, vgl. Forstmoser a.a.O. und Siegwart Art. 638 N 7. Vgl. aber zu OR 635 III hinten § 7 RZ 58 ff.

72 Zu OR 635 III vgl. hinten § 7 RZ 58ff.

Generalversammlung abhalten." Obwohl es hier noch eher gerechtfertigt gewesen wäre, "sämtliche Aktionäre" zu erwähnen, da es sich um eine Präsenzvorschrift handelt, welche im Aktienrecht nicht durch zwingende Vorschriften wie das Stimmrecht geregelt sind ⁷³, erwähnt der Gesetzgeber **sämtliche Aktien** ⁷⁴. Beim Entzug wohlervorbener Rechte ⁷⁵ sowie bei der Zusammenlegung von Aktien wollte er mit der Bezugnahme auf die Person des Aktionärs wohl eher den Charakter dieser Rechte als Individualrechte ⁷⁶ betonen, als die zwingende Regelung des Stimmrechts aus den Angeln heben, auch wenn das Virilstimmprinzip in der GV von Klein- oder Familienunternehmen wünschenswert wäre, damit die Persönlichkeit des Aktionärs in den Vordergrund gestellt werden kann ⁷⁷.

- 28 Daraus wird ersichtlich, dass Kopfquoren im Recht der Generalversammlung zwar ein atypisches und nur beschränkt zulässiges Element darstellen, dass aber schon die Versammlung selber eine personenbezogene Komponente ist und sich im Gesetz selber auf die Person des Aktionärs zugeschnittene Rechte finden ⁷⁸. **Soweit das Gesetz selber nicht eine zwingende Regelung enthält**, wie dies bezüglich des Stimmrechts der Aktionäre der Fall ist ⁷⁹, sind **Kopfquoren daher zulässig und durchaus nicht systemwidrig** ⁸⁰.

Daraus kann gefolgert werden;

- 29 **Kopf-Anwesenheitsquoren**, garantieren und unterstützen das **Prinzip der Generalversammlung**, der Zusammenkunft mehrerer, indem sie - was der Gesetzgeber unterlassen hat - eine gewisse Minimalpräsenz sicherstellen, welche für die Diskussion und die kollektive Meinungsbildung und somit auch für die Versammlungsde-

73 Vgl. OR 692 und 693.

74 Vgl. zu den Aktienzahlquoren vorne RZ 17ff.

75 Vgl. dazu hinten § 7 RZ 95ff.

76 Vgl. vorne RZ 23.

77 Vgl. Geilinger 34; Horowitz 217.

78 Vgl. vorne RZ 23.

79 Vgl. auch hinten § 4 RZ 60.

80 Vgl. vorne RZ 22 ff.

mokratie erforderlich ist ⁸¹. Zudem sichern sie die Repräsentativität der Beschlüsse hinsichtlich der Mitglieder ⁸².

- 30 **Kopf-Stimmenquoten** ⁸³ sind jedoch nur für die Beschlussfassung im Verwaltungsrat zulässig und im Recht der Generalversammlung (mit dem vorne erwähnten Vorbehalt) ⁸⁴ **unzulässig**, da sich das Stimmrecht des Aktionärs nach zwingender gesetzlicher Regelung ⁸⁵ nach dem Verhältnis des gesamten Nennwerts seines Aktienbesitzes bzw. nach der Anzahl der ihm gehörenden Aktien richtet ⁸⁶. Ausgenommen davon sind allenfalls blosse Ordnungsanträge, indem in den Statuten vorgesehen werden kann, dass z.B. eine gewisse Anzahl Aktionäre die schriftliche Abstimmung verlangen kann ⁸⁷. Die gesetzlichen Einstimmigkeitsquoten, welche sich dem Wortlaut nach auf die Person des Aktionärs einer bestehenden AG ⁸⁸ beziehen, sind daher als "Aktien-Einstimmigkeitsquoten" zu qualifizieren ⁸⁹.

III. MINDERHEITS-, EINFACHE UND QUALIFIZIERTE MEHRHEITS- UND EINSTIMMIGKEITSQUOTEN

1. Minderheitsquoten

- 31 Diese stellen entweder für die Anwesenheit oder für die positive Beschlussfassung selber auf eine Minderheit ⁹⁰ ab.

81 Vgl. Weber-Dürler 421f, 64 und hinten bei § 3 RZ 48ff.

82 Vgl. Weber-Dürler 64 und hinten § 3 RZ 59ff.

83 Und damit auch gemischte Kopf-Präsenz-/Stimmenquoten (z.B. durch die Bestimmung, dass von sämtlichen Aktionären fünf einem Antrag zustimmen müssen etc.) vgl. vorne RZ 11ff.

84 Vgl. vorne FN 63 und 64 sowie RZ 26.

85 Vgl. OR 692 und 693 sowie vorne RZ 20 und 27.

86 Vgl. hinten § 4 RZ 64ff.

87 Vgl. F. von Steiger, Formulare und Feldmann 48.

88 Vgl. vorne FN 70 und 71.

89 Vgl. vorne RZ 27.

90 Zum Begriff der Minderheit vgl. hinten § 3 RZ 10 ff und § 4 RZ 77.

a) **Minderheits-Stimmenquoten:**

32 Zu ihrer Zulässigkeit im schweizerischen Recht, vgl. vorne § 1 RZ 58 ff. Sie sind im Recht der GV ausschliesslich als **Kapital- oder Aktienzahlquoten** zu normieren ⁹¹. Je nach Berechnungsgrundlage können Minderheits-Stimmenquoten auch faktisch entstehen, ⁹²

b) **Minderheits-Präsenzquoten**

33 Sie sind im schweizerischen Aktienrecht **uneingeschränkt** und daher auch in der Form von **Kopfquoten** zugelassen, da eine entsprechende Verbotsnorm fehlt ⁹³ und da sie u.U. gerade das Prinzip der Generalversammlung sicherstellen ⁹⁴, ohne deren Beschlussfassung übermässig zu erschweren ⁹⁵.

2. **Mehrheitsquoten**

34 Die (positive) Beschlussfassung der Körperschaften basiert grundsätzlich auf dem Mehrheitsprinzip ⁹⁶, d.h. auf **Mehrheits-, Kapital-, Kopf- oder Aktienzahl-Stimmenquoten** ⁹⁷

35 Dabei wird in Gesetz und Statuten oft von folgenden **Begriffen** ausgegangen, welche nun **geklärt** werden:

91 Vgl. vorne § RZ 13ff und 29 f.

92 vgl. vorne § 1 RZ 75 f und § 2 RZ 4f.

93 Vgl. vorne RZ 29 und § 1 RZ 76.

94 Vgl. vorne RZ 29f.

95 Vgl. dazu hinten § 3 RZ 48ff.

96 Vgl. OR 703, sowie für die GmbH OR 808 II, für die Genossenschaft OR 888 II, für den Verein ZGB 67 II und vorne § 1 RZ 60. sowie Schucany Art. 703 N 3.

97 Vgl. vorne § 1 RZ 79 und 88.

a) Einfaches bzw. relatives Mehr

36 Das **einfache Mehr** stellt den **Gegensatz zum absoluten Mehr** dar ⁹⁸ und ist begrifflich **identisch** mit dem **relativen Mehr** ⁹⁹ ¹⁰⁰.

37 Das einfache oder relative Mehr erklärt denjenigen Antrag als angenommen, welcher unabhängig von der Bemessungsgrundlage, d.h. unabhängig davon, ob auf die abgegebenen, vertretenen oder sämtliche Stimmen abgestellt wird ¹⁰¹, am **meisten Stimmen auf sich vereinigt** ¹⁰². Ausschlaggebend ist lediglich die **verhältnismässig grösste Zahl von Stimmen**, welche sich in **einer bestimmten Richtung** entscheidet ¹⁰³: "In diesem Fall muss der Beschluss ... nicht die Mehrheit aller Stimmenden auf sich vereinen. Der Beschluss ... gilt als zustandegekommen, wenn mehr Stimmen dafür als dagegen abgegeben werden" ¹⁰⁴ ¹⁰⁵. "Im Gegensatz zum absoluten Mehr erhebt das relative Mehr diejenige Ansicht zum Beschluss, auf die am meisten gleichlautende Willensbildungen entfallen" ¹⁰⁶.

38 Das relative Mehr ist also erreicht, wenn im **Verhältnis zu den abgegebenen Nein-Stimmen mehr Ja-Stimmen abgegeben wurden**. Stimmenthaltungen werden nicht qualifiziert, fallen also ausser Betracht ¹⁰⁷.

39 Das relative Mehr ist nur im Zusammenhang mit einem **Stimmenquorum** denkbar, da es erst nach der Auszählung der Stimmen überhaupt feststellbar ist ¹⁰⁸.

⁹⁸ Forstmoser, Aktienrecht § 16 N 160 FN 318; Bürgi Art. 703 N 31; Schucany Art. 703 N 3; von Greyerz, Aktiengesellschaft 189; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 197. A.M. von Waldkirch 48 und Wander 43f sowie Hensel 156, und G. Schucany, Willensbildung 3f, welche das einfache Mehr dem absoluten Mehr gleichsetzen. Unklar diesbezüglich Haymann, Minderheitsaktionär 286.

⁹⁹ Henn 249; von Greyerz, Aktiengesellschaft 190 Anm. 24 und Schucany, Beschlussfassung 171, Engel 302.

¹⁰⁰ Zur umstrittenen Frage, ob das relative Mehr überhaupt zulässig ist, vgl. vorne § 1 RZ 65 und hinten § 34 RZ 79 ff.

¹⁰¹ Vgl. hinten § 4 RZ 79 ff.

¹⁰² Von Greyerz, a.a.O.; Hensel 154.

¹⁰³ F. von Steiger, a.a.O. 197; Bürgi Art. 703 N 31.

¹⁰⁴ F. von Steiger a.a.O. 180 Anm. 24.

¹⁰⁵ Wobei nach der hier vertretenen Ansicht nicht der Beschluss selber, sondern der Antrag angenommen ist (vgl. vorne § 1 RZ 78 ff).

¹⁰⁶ Hensel 154; ebenso F. von Steiger a.a.O. 197, vgl. auch G. Schucany, Willensbildung 3.

¹⁰⁷ Liegen mehr "Nein"-, als "Ja"-Stimmen vor, so ist ein negativer Beschluss entstanden, im umgekehrten Fall ein positiver, vgl. hinten § 4 RZ 78 ff.

40 Gemäss E 713 I ist für Verwaltungsratsbeschlüsse künftig das einfache Mehr massgebend ¹⁰⁹.

41 Gilt diese einfache Zustimmung nicht, so handelt es sich um ein qualifiziertes Mehr ¹¹⁰;

b) Qualifizierte Mehrheiten

aa) Absolutes Mehr

42 Das absolute Mehr ist eine Unterart des qualifizierten Mehrs ¹¹¹. Es erfordert jeweils mehr als die Hälfte bzw. mehr als eine andere Quote ¹¹² der für die konkrete Rechtsveränderung massgebenden Stimmen ¹¹³ für das Entstehen eines positiven Beschlusses ¹¹⁴.

43 Das absolute Mehr ist - mit Ausnahme derjenigen Quoren, welche auf die abgegebenen Stimmen abstellen ¹¹⁵ - jeweils schon vor der Abstimmung berechenbar, d.h. es stellt eine fixe Grösse auf, welche für das Zustandekommen eines positiven Beschlusses notwendig ist, ansonsten der Antrag abgelehnt und der Beschluss negativ ist ¹¹⁶. Im Unterschied zum relativen Mehr werden gewisse Stimmenthaltungen hier als Nein-Stimmen qualifiziert ¹¹⁷, wobei es auf die Bemessungsgrundlage ¹¹⁸ ankommt, welche Stimmenthaltungen der Mitglieder als Nein-Stimme auszulegen sind ¹¹⁹.

108 Vgl. Geilinger 35 und hinten § 4 RZ 78 ff. Es genügt daher die Bezeichnung "relatives" Mehr in den Statuten. Die Angabe einer weiteren Bezugsgrösse ist nicht erforderlich, da hier ohnehin immer nur die gültigen abgegebenen Ja-Stimmen in Relation zu den Nein-Stimmen gebracht werden.

109 Vgl. hinten § 10 RZ 2 ff.

110 Von Greyerz, a.a.O. 180 Anm. 24; Hensel 157; A.M. Geilinger, der erst von OR 703 abweichende Erschwerungen als qualifizierte Mehrheiten betrachtet.

111 Von Greyerz a.a.O.; Schett 109; Brunner 35; Hensel 157; von Waldkirch 48; Wander 43 f. Vgl. die abweichenden Ansichten vorne in FN 93 (bei RZ 37).

112 Vgl. hinten § 4 RZ 81ff.

113 Vgl. dazu von Greyerz, a.a.O. 190 Anm. 24. Vgl. auch hinten § 4 RZ 81 ff.

114 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 85ff.

115 Vgl. hinten RZ 57ff.

116 Vgl. vorne § 1 RZ 78ff.

117 Vgl. Schucany, Beschlussfassung 171 und vorne RZ 36ff.

118 Vgl. hinten RZ 57ff.

119 Vgl. hinten § 4 RZ 21ff.

44 Das **absolute Mehr der abgegebenen, der abgegebenen Ja- und Nein-Stimmen** und der **vertretenen Stimmen** kann sich nur auf **Stimmenquoten** ¹²⁰ beziehen, da es von der effektiven Frequenz an der Versammlung abhängt und erst nach Versammlungsbeginn bzw. nach der Stimmabgabe überhaupt feststellbar ist ¹²¹. Dagegen kann das absolute Mehr von **sämtlichen Aktien, Aktionären (oder Verwaltungsratsmitgliedern)** oder des **gesamten Grundkapitals** durchaus auch als **Präsenzquorum** ¹²² bestimmt werden ¹²³.

45 Für die positive Beschlussfassung der Generalversammlung normiert **OR und E 703**, dass (dispositiv) ¹²⁴ auf die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen abzustellen ist. Ebenso stellt **E 704 I** u.a. auf das absolute Mehr allerdings der vertretenen Aktiennennwerte ab ¹²⁵. Auf die absolute Mehrheit wird auch in **OR 657 V** und **E 657 IV** abgestellt ¹²⁶.

bb) Besonders qualifiziertes Mehr:

46 Ein besonders qualifiziertes Mehr stellt in **erschwerendem Sinn** ein **über das absolute Mehr hinausgehendes Mehrheitserfordernis** für die positive Beschlussfassung auf ¹²⁷ ¹²⁸.

47 Sämtliche gesetzlichen Quorumsvorschriften des geltenden und künftigen Rechts mit Ausnahme von **OR und E 703**, **OR 657 V** und **E 657 IV** sowie **E 713 I** normieren ein besonders qualifiziertes Mehr ¹²⁹.

120 Vgl. vorne RZ 7ff und hinten § 4 RZ 21ff, 79ff, 93f.

121 Vgl. vorne a.a.O.

122 Vgl. vorne RZ 4ff und hinten § 4 RZ 21ff, 79ff, 93f.

123 Zu den statutarischen Abweichungsmöglichkeiten vgl. § 5.

124 Vgl. vorne § 1 RZ 58ff und hinten § 7 RZ 334ff.

125 Vgl. dazu hinten § 9 RZ 16ff.

126 Vgl. dazu hinten § 7 RZ 294ff und § 9 RZ 12ff.

127 Von Greyerz a.a.O. 190 Anm. 24.

128 Ähnlich auch Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 79 Anm. 186, welcher erklärt, eine Erschwerung der Beschlussfassung liege etwa vor, wenn Präsenz- oder Zustimmungsquoten verlangt würden, welche über das gesetzliche Quorum hinausgingen, seien es solche der Stimmen- oder der Kapitalmehrheit, m.H. auf Bürgi Art. 703 N 20 ff, Siegwart Art. 627 N 14; Schucany Art. 648 N 3.

129 Vgl. die Uebersicht nachfolgend RZ 67.

cc) Proportionales Wahlverfahren und "cumulative voting"

48 Das proportionale Wahlverfahren ist ein **Anwendungsfall des relativen Mehrs** ¹³⁰ wobei hier nicht auf das Verhältnis der Ja-Stimmen zu den Nein-Stimmen bezüglich eines Antrages sondern auf das **Verhältnis der auf verschiedene Anträge gleichzeitig entfallenden Ja-Stimmen zueinander** ¹³¹, abgestellt wird. Es werden hier also mehr als zwei Stimmgruppen und lediglich befürwortende Stimmen miteinander verglichen.

49 Dieses Wahlverfahren vereinfacht und rationalisiert eine Abstimmung, für welche das relative Mehr zulässig ist und bei welcher über **mehrere gleichgeordnete, gleichartige Anträge gleichzeitig abzustimmen** ist. Dies trifft etwa für Wahlen zu ¹³², sofern **mehrere Organstellen zu besetzen sind**, nicht aber für "Gesamtanträge" über einen Haupt- und einen von diesem abhängigen, unselbständigen Nebenantrag (z.B. Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts) ¹³³ oder für verschiedene Rechtsveränderungen betreffende Anträge (Wahlen und Bilanzabnahme) ¹³⁴. Auch beim Abstellen auf das absolute Mehr ¹³⁵ kann das Proportionalwahlverfahren ausnahmsweise anwendbar sein, falls z.B. bei einer Wahl mehr Kandidaten als zu besetzende Stellen das absolute Mehr erreichen. In diesem Fall ist eine "zweite" Auswahl innerhalb der Gewählten nach dem Proporzprinzip hilfreich.

50 Diese Abstimmungsart dient auch dem **Minderheitenschutz** in der **GV** ¹³⁶, und zwar dann, wenn anzunehmen ist, die Mehrheit verteile ihre Stimmen auf mehrere Anträge. Damit wird der **Minderheit** die Möglichkeit eröffnet, ihre sämtlichen Stimmen auf einen Antrag ¹³⁷ zu konzentrieren und

130 Vgl. vorne und G.Schucany Willensbildung 4.

131 Vgl. F. v. Steiger, Aktiengesellschaft 195 m. krit. Bemerkungen; Funk, Art. 703 N 3; Hofmann 70ff; Bürgi Art. 703 N 31.

132 Vgl. OR 708 V und G. Schucany a.a.O.

133 Es handelt sich hier nicht um verschiedene Anträge, sondern abstimmungsmässig lediglich um einen Antrag. Zur Zufälligkeit dieser Abstimmungsart und zu den Schranken vgl. Zöllner 1ff und zum "OB-" bzw. "WIE-" Verfahren vorne § 1 FN 105.

134 Der öffentlich-rechtliche Grundsatz der "Einheit der Materie" ist auch im Aktienrecht zu postulieren, vgl. Zöllner 1ff.

135 Vgl. dazu hinten § 4 RZ 81ff.

136 Vgl. dazu hinten § 3 RZ 38ff.

137 Jäggi, Abstimmungsverfahren, will - ohne Begründung - bei Wahlen die Stimmenkonzentration auf eine einzige Person ohne entsprechende statutarische Grundlagen nicht zulassen (a.a.O. 325).

dadurch die auf die anderen Anträge abgegebenen Stimmen des(der) Mehrheitsaktionärs(e) zu übertreffen und auf diese Art einen Antrag **durchzusetzen**. Dies wäre beim Abstellen auf das absolute Mehr oder bei jeweils separaten Abstimmungen mit dem "einfachen" relativen Mehr nicht möglich ¹³⁸. Daraus folgt, dass dieser Schutzzweck nur dann erreicht wird, wenn **mehrere Anträge gleichzeitig zur Abstimmung gelangen** und auch **angenommen** werden können, d.h. vor allem bei **Wahlen** ¹³⁹. Kann aber letztlich nur **ein Antrag** angenommen werden ¹⁴⁰, (z.B. wenn die Anträge lauten: Kapitalerhöhung um 20, 50 oder 100 Millionen), so könnte immer noch das proportionale Wahlverfahren angewendet werden ¹⁴¹, wobei sich hier i.d.R. wiederum die Mehrheit durchsetzen wird, da nicht anzunehmen ist, dass sie - da letztlich nur **eine** Entscheidung möglich ist - ihre Stimmen verteilt ¹⁴², sondern diese auch auf einen Antrag konzentriert und die Minderheit somit keine Durchsetzungschance hat.

51 Eine weitere Möglichkeit in diesem Zusammenhang ist die **Stimmenkumulierung** und **Stimmenkonzentration** - entsprechend dem amerikanischen "**cumulative voting**" ¹⁴³. Dabei wird eine **Stimmenhäufung** vorgenommen ¹⁴⁴. Die Technik besteht darin, dass jede Aktie soviele Stimmen erhält, als z.B. Verwaltungsräte zu wählen sind, wobei es dem Aktionär freisteht seine Stimmen gleichmässig auf sämtliche Kandidaten zu verteilen oder auf einen einzelnen zu konzentrieren, indem er auf der leeren Liste dessen Namen so oft wiederholt aufführt, als die Anzahl Stimmen ihn dazu berechtigen ¹⁴⁵. - Dadurch wird es auch Kandidaten der Minderheit möglich, das absolute Mehr zu erreichen ¹⁴⁶.

138 Jäggi, Abstimmungsverfahren 325; vgl. auch zum auf einem ähnlichen Prinzip beruhenden "cumulative voting" nachfolgend § 4 RZ 85ff.

139 Vgl. dazu OR 708 V.

140 Dies ist abgesehen von den Wahlen meistens der Fall. Zum Teil wird auch "stufenweise" mit Eventualanträgen vorgegangen (Zöllner 1ff).

141 Z.B. aus Rationalisierungsgründen. Es müsste - falls das relative Mehr anwendbar ist - sodann nicht über jede Variante einzeln abgestimmt werden. "Gewählt" ist einfach diejenige, welche relativ am meisten Ja-Stimmen auf sich vereinigt.

142 Ausser etwa bei einer Holdinggesellschaft als Mehrheitsaktionärin: Diese muss u.U. aufgrund einer internen "Vorabstimmung" den internen Beteiligungsverhältnissen entsprechen und daher mit ihren Aktien u.U. unterschiedlich stimmen, vgl. hinten § 4 FN 91 bei RZ 19.

143 Vgl. die ausführliche Darstellung bei Wiethölter 217-236.

144 Landolt 170 Anm. 210; vgl. auch Wiedemann 423.

145 Bürgi Art.708 N 70; Wiedemann 422f; Mijalovic 69ff.

146 Landolt 170.

52 Dieses Abstimmungsverfahren muss sodann freilich so ausgestaltet werden, dass jede "**Stimme**" ¹⁴⁷ und nicht jede "Aktie" mit der Zahl der zu wählenden Mitglieder des Verwaltungsrats multipliziert wird ¹⁴⁸, weil im letzteren Fall dort, wo eine Gesellschaft nicht das Stückstimmrecht ¹⁴⁹ und Aktien von unterschiedlichem Nennwert eingeführt hat, eine Aenderung der Bemessung des Stimmrechts vorgenommen würde ¹⁵⁰.

53 Falls die Statuten keine entsprechende Regelung enthalten ¹⁵¹, kann die **Verwaltung** das proportionale Wahlverfahren oder das System des "cumulative voting" jedenfalls dann anordnen, wenn die Statuten für Beschlüsse allgemein das **relative Mehr** vorsehen ¹⁵². In grossen Gesellschaften sind diese Verfahren aber wegen der anfallenden **Vorarbeiten** (Erstellen von Listen etc.) oft nicht praktikabel ¹⁵³ und bei kleinen Gesellschaften oft nicht erwünscht, da der Mehrheitsaktionär einen **homogen zusammengesetzten Verwaltungsrat** will.

3. Einstimmigkeitsquoten

a) Absolute Einstimmigkeit:

54 Verlangt ein GV-Quorum für die Fassung eines positiven Beschlusses die **Zustimmung sämtlicher Aktionäre** ¹⁵⁴, so ist dieses Quorum **als auf sämtliche Aktienstimmen bezogen** auszulegen ¹⁵⁵, weil das Virilstimmprinzip im Recht der GV ausgeschlossen ist ¹⁵⁶. Es handelt sich hier um die

147 Vgl. dazu hinten § 4 RZ 60ff.

148 Wiedemann 423.

149 Vgl. OR 693 I.

150 Bemisst sich das Stimmrecht nach dem Nennwert der Aktien, so widerspricht eine gleiche Multiplikation des Stimmrechts von Aussen mit unterschiedlichem Nennwert klar dem in diesem Fall geltenden "Kapitalstimmprinzip", vgl. OR 692 I.

151 Z.T. werden das proportionale Wahlverfahren oder das System des "cumulative voting" als Mittel zum Schutz der Minderheit unter OR 708 V subsumiert und daher aufgrund dieser Norm als zulässig erachtet (so etwa Jäggi, a.a.O. 326; Schucany SAG 31 [1958/59] 129ff; Bürgi Art. 708 N 70). M.E. ist diese Abstimmungsart aber nichts anderes als eine Unterart des gemäss OR 703 ohnehin erlaubten relativen Mehrs (vgl. vorne RZ 36ff), weshalb sie auch ohne die Bestimmung von OR 708 V zulässig wäre.

152 Jäggi a.a.O. 325 und ähnlich auch F. von Steiger, Aktiengesellschaft, 188; vgl. auch hinten § 4 RZ 79ff.

153 Bürgi Art. 708 N 70; vgl. auch Schucany Art. 708 N 5.

154 Vgl. z.B. OR 646 I und 623 II.

155 Vgl. vorne RZ 21ff, 27.

156 Vgl. OR 692 I und 693 I und vorne RZ 27. A.M. Geilinger 40, welcher festhält, die For-

sog. "**absolute Einstimmigkeit**"¹⁵⁷, welche sämtliche Erschwerungen quasi "in sich schliesst"¹⁵⁸. Solche Quoren sind in OR 623 II, 646 I, 638 II sowie in E 629 II enthalten¹⁵⁹. Maximal erschwert sind auch die Präsenzquoren von OR und E 701, welche gleichzeitig Kopf- wie auch Aktienzahlquoren sind sowie die präsenzzähllichen Quoren von OR 716 und E 713 II, welche echte Kopfquoren darstellen, da solche im Recht des Verwaltungsrats zulässig sind¹⁶⁰.

b) **Relative Einstimmigkeit**

55 Diese bezieht sich nicht auf sämtliche Aktien bzw. Mitglieder, sondern auf die **Einstimmigkeit lediglich eines Teils derselben**, z.B. der in der Versammlung vertretenen oder der abgegebenen Stimmen¹⁶¹. In OR 635 III ist bezogen auf die anwesenden Zeichner ein solches Quorum enthalten¹⁶².

56 Die Zulässigkeit der statutarischen Einführung von Einstimmigkeitsquoren ist umstritten¹⁶³.

IV. **ABGEBEBENE, ABGEBEBENE JA- UND NEIN, VERTRETENE, ODER SÄMTLICHE STIMMEN**

57 Die Minderheits-¹⁶⁴, Mehrheits-¹⁶⁵, oder Einstimmigkeitsquoren¹⁶⁶ können sich sowohl auf die **abgegebenen, die abgegebenen Ja- und Nein, die vertretenen** oder auf **sämtliche Stimmen** beziehen oder innerhalb der zwingenden gesetzlichen Vorschriften auf eine **andere Grösse** abstellen¹⁶⁷.

mulierung "Zustimmung" deute auf das Virilstimmprinzip hin, a.a.O. 40.

157 F. von Steiger a.a.O. 74.

158 Vgl. Geilinger 43.

159 Betreffend OR 638 II und E 629 II vgl. vorne RZ 27 FN 63 und § 7 RZ 87ff sowie § 9 RZ 9ff.

160 Vgl. dazu hinten § 7 RZ 322ff, § 8 RZ 34ff.

161 F. von Steiger a.a.O. 74.

162 Vgl. dazu hinten § 7 RZ 58ff.

163 Vgl. hinten § 5 RZ 27ff.

164 Vgl. hinten § 4 RZ 77ff.

165 Vgl. hinten § 4 RZ 78ff.

166 Vgl. hinten § 4 RZ 27ff.

167 Z.B. innerhalb sämtlicher Stimmen lediglich die stimmberechtigten (die Stimmenquoren beziehen sich immer nur auf die stimmberechtigten Stimmen. Weil auf die abgegebenen oder vertretenen Stimmen immer nur im Zusammenhang mit einem **Stimmenquorum**

58 Wird auf eine **zum voraus bestimmbare Mehrheit** abgestellt (absolutes oder noch weiter qualifiziertes Mehr) ¹⁶⁸, so stellen bei der Berechnungsgrösse "**sämtliche Stimmen**" sowohl das **Nichterscheinen** wie auch die **Nichtabgabe einer Stimme** oder die **Abgabe einer Leerstimme** **Stimmenthaltungen** dar ¹⁶⁹. Bei der Berechnungsgrösse "**vertretene Stimmen**" sind lediglich die **nicht abgegebenen** und die **Leerstimmen** ¹⁷⁰ und bei der Berechnungsgrösse "**abgegebene Stimmen**" lediglich die **Leerstimmen** als **Stimmenthaltungen** ¹⁷¹ zu qualifizieren. Bei der Berechnungsgrösse "**abgegebene Ja- und Neinstimmen**" werden sämtliche "**anderen Verhaltensweisen**" nicht berücksichtigt ¹⁷². Dies ist deshalb der Fall, weil diese Berechnungsgrundlagen quasi den **Rahmen**, den "**Massstab**" für diejenigen Stimmen darstellen, die bei der Berechnung des Quorums überhaupt berücksichtigt werden ¹⁷³. Sie stellen somit das "**Fenster**" dar, von welchem aus man prüft, ob das Quorum erreicht wurde oder nicht ¹⁷⁴.

59 Auf die **vertretenen** ¹⁷⁵ Aktienzahl- oder Kapitalstimmen ¹⁷⁶ stellen die allgemeinen Beschlussquoren von OR und E 703 ¹⁷⁷ sowie E704 I ¹⁷⁸ ab. Auch OR 635 III stellt auf die vertretenen Stimmen ab, allerdings bezogen auf die Zeichner, vgl. dazu insbesondere vorne RZ 27 und hinten § 7 RZ 58ff.

60 Lediglich auf die **abgegebenen** Stimmen wird i.d.R. bei der Normierung des "**einfachen Mehrs**" ¹⁷⁹ bzw. des damit zusammenhängenden Proporzwahlverfahrens ¹⁸⁰ abgestellt. Häufig wird aber auch im Zusammenhang mit dem **absolute Mehr** auf die abgegebenen Stimmen abgestellt, um Stimmenthaltungen durch die Abgabe einer Leerstimme zu ermöglichen ¹⁸¹.

bezug genommen werden kann, sind auch hier stets nur die stimmberechtigten Stimmen relevant, vgl. vorne RZ 28 und hinten § 4 RZ 80f, 88ff).

168 Vgl. hinten § 4 RZ 81ff.

169 Vgl. bei hinten § 4 RZ 66ff, 92.

170 Vgl. hinten § 4 RZ 88, 90.

171 Vgl. hinten § 4 RZ 88, 89.

172 Vgl. hinten § 4 RZ 88, 89.

173 Vgl. hinten § 4 RZ 89.

174 Vgl. die Tabelle § 4 RZ 93f.

175 "Vertreten" wird hier synonym zu "anwesend" verwendet (ebenso bei Forstmoser, Aktienrecht § 10 N 183).

176 Vgl. hinten § 4 RZ 90.

177 Vgl. hinten § 7 RZ 334f.

178 Vgl. hinten § 9 RZ 16ff.

179 Vgl. E 713 I und hinten § 10 RZ 2ff.

180 Vgl. hinten § 4 RZ 84ff.

61 Mit Ausnahme der erwähnten Quoren von OR 703 sowie E 703, 704 I und 713 I sowie OR 635 III beziehen sich sämtliche übrigen gesetzlichen Quoren auf eine zum voraus bestimmte Grösse, nämlich auf **sämtliche** Aktienzahl-, Kapital- oder Kopf-Stimmen^{182 183}.

V. KOMBINATIONEN

62 Wie bereits erwähnt enthalten sämtliche gesetzlichen und statutarischen Quoren **mindestens je ein Element** der vorne in Ziff. I-IV umschriebenen Begriffsbestimmungen. Jedoch sind auch **vertikale Kombinationen** innerhalb derselben Kategorie oder andere als die gesetzlich vorgesehenen "horizontalen" Variationen denkbar¹⁸⁴.

63 Als Grundsatz der statutarisch möglichen Kombinationen kann festgehalten werden, dass **innerhalb der zwingenden gesetzlichen und "begrifflichen"** Schranken sämtliche Kombinationen in allen Variationen zulässig sind:

64 Als **gesetzliche Hauptschranke** figuriert die **zwingende Regelung des Stimmrechts im Recht der GV**, welche statutarisch nicht zugunsten des Virilstimmprinzips abgeändert werden kann¹⁸⁵. Sodann sind die **zwingenden gesetzlichen Quoren** für die ihnen unterworfenen Rechtsveränderungen unabänderlich, wobei u.U. einseitig, d.h. in erschwerendem Sinne, davon abgewichen werden kann¹⁸⁶. Für alle in OR 693 III genannten Beschlussgegenstände sind Aktienquoren unwirksam.

65 Als **"begriffliche" Schranke** ist z.B. festzuhalten, dass **Präsenzquoren** wegen diesem Begriff sowie auch aufgrund ihres Zweckes¹⁸⁷ sich stets auf eine zum voraus, d.h. **vor der Versammlung berechenbare Grösse** beziehen müssen, weshalb eine Kombination dieser Quorumsart mit

181 Vgl. hinten § 4 RZ 93f.

182 Vgl. die Tabelle hinten bei RZ 67.

183 Vgl. RZ 67.

184 Z.B. indem die Zustimmung von $\frac{3}{4}$ des vertretenen Kapitals **und** von der Hälfte der vertretenen Aktien gefordert wird. Vgl. auch E 704 I und dazu hinten § 9 RZ 16ff.

185 Vgl. vorne RZ 21ff. 27.

186 Vgl. hinten bei § 5.

187 Vgl. vorne § 3 RZ 48ff.

der Berechnungsgrösse "abgegebene" oder "vertretene" Stimmen nicht möglich ist, weil diese Bestimmungen von der effektiven Frequenz an der Versammlung bzw. von den effektiv abgegebenen Stimmen abhängt ¹⁸⁸.

66 **Keine begriffliche Schranke** ist aber nach der hier vertretenen Ansicht das **Mehrheitsprinzip** in irgendeiner Ausgestaltung, womit ein Beschluss auch dann entsteht, wenn ein Quorum lediglich auf eine Minderheit abstellt ^{189 190}.

188 Es kann also nicht die Präsenz von 3/4 des vertretenen Grundkapitals verlangt werden, weil Präsenzquoten eine schon vor der Versammlung fixierbare Grösse erfordern, vgl. hinten RZ 4ff. Auch gäbe eine solche Regelung im Hinblick auf den Zweck der Quoren wenig Sinn, vgl. hinten § 3 RZ 48ff.

189 Vgl. vorne § 1 RZ 58ff.

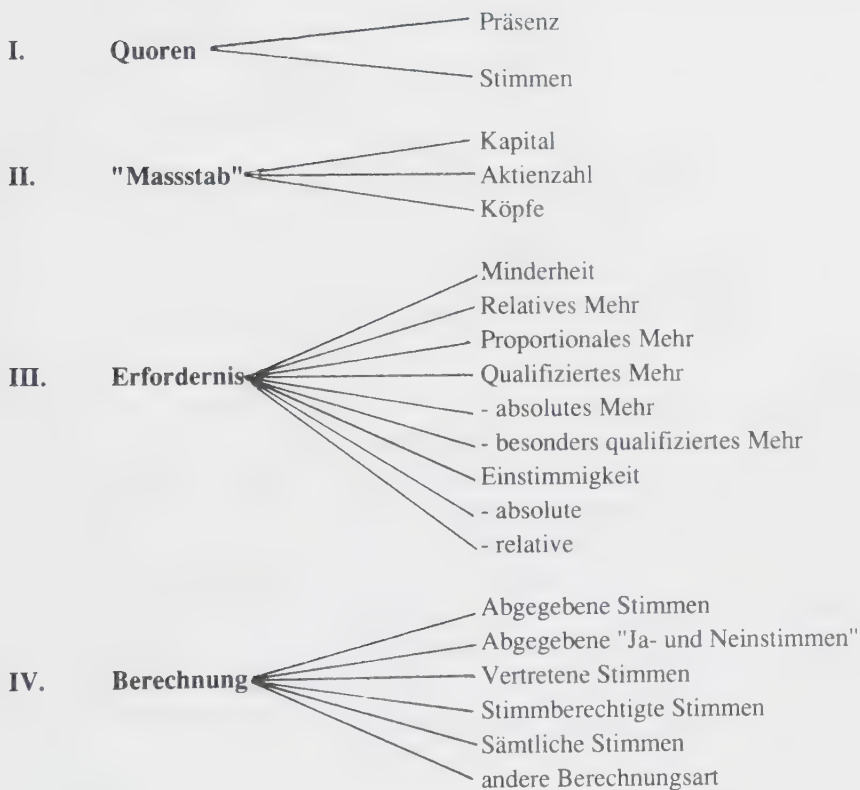
190 Betreffend mögliche **Erschwerungen** der Beschlussfassung vgl. ausführlich hinten § 5 RZ 23ff.

VI. ÜBERSICHT ÜBER DIE GESETZLICHEN QUOREN UND IHRE ZUORDNUNG ZU DEN QUORUMSARTEN

67

	ARTIKEL	QUORUM	MASSTAB	ERFORDERNIS	BERECHNUNG
Merkmal: Stimmenquoren	OR und E 703 E 704 I	Stimmen Stimmen	Kapital/oder Aktienzahl Kapital + Aktienzahl	Absolutes Mehr Absolutes Mehr + 2/3 Mehr	Vertretene Stimmen Vertretene Stimmen
	E 713 I	Stimmen	Kopf	Einfaches Mehr	Abgegebene Stimmen
	OR 636, 650 II	Präs/Stimmen	Kapital/+ Aktienzahl	2/3; Abs. Mehr	Sämtliche Stimmen
Merkmal: Gemischte Präsenz-/Stimmenquoren	OR 648 I	Präs/Stimmen	Kapital/+ Aktienzahl	2/3; Abs. Mehr	Sämtliche Stimmen
	OR 657 V und E 657 IV	Präs/Stimmen	GS-Kapital bzw. GS-Zahl	Absolutes Mehr	Sämtliche Stimmen
	OR 623 II OR 635 III	Präs/Stimmen Stimmen	Kopf + Aktienzahl Kopf und Kapital/ Aktienzahl	Einstimmigkeit Einstimmigkeit	Sämtliche Stimmen Vertretene Stimmen
Merkmal: Einstimmigkeitsquoren	OR 638 II und E 629 II	Präs/Stimmen	Kopf	Einstimmigkeit	Sämtliche Stimmen
	OR 646 I	Präs/Stimmen	Kopf und Aktienzahl	Einstimmigkeit	Sämtliche Stimmen
	OR und E 701; OR 716, E 713 II	Präsenz	Kopf/+ Aktienzahl	Einstimmigkeit	Sämtliche Köpfe und Aktien
Merkmal: Präsenzquoren	OR 649 I, II	Präsenz	Aktienzahl	2/3 bzw. 1/3	Sämtliche Aktien
	OR 655	Präsenz	Aktienzahl	2/3 bzw. 1/3	Sämtliche Aktien bzw. Vorzugsaktien
	OR 658	Präsenz	Aktienzahl	2/3 bzw. 1/3	Sämtliche Aktien

VII. ÜBERSICHT ÜBER DIE QUORUMSARTEN



§ 3 SINN UND ZWECK DER QUOREN

1 Quorumsbestimmungen können verschiedene Zwecke verfolgen. Diese lassen sich in **zwei Hauptfunktionen** einteilen: Die **Schutz-** und die **Sicherungsfunktion**:

I. SCHUTZFUNKTION

2 Die **Schutzfunktion** ist der **Hauptzweck** der Quoren ¹.

1. Schutz von Gesellschaft und Kapitalmehrheit

a) Mehrheitsprinzip

3 Im Gegensatz zur personengesellschaftlichen Willensbildung der Rechtsgemeinschaften ², deren (positive) ³ Beschlüsse grundsätzlich die Zustimmung aller Mitglieder und damit das absolute Einstimmigkeitsprinzip ⁴ verlangen, gilt bei den **typischerweise eine grosse Anzahl von Mitgliedern aufweisenden** ⁵ **Körperschaften** grundsätzlich das als Verbandswille, was die **Mehrheit der Gesellschafter bzw. des Kapitals** will ⁶ und damit das einfache ⁷ **Mehrheitsprinzip** ⁸. Das Einstimmigkeitsprinzip würde hier die Willensbildung z.T. verunmöglichen ⁹, jedenfalls die Bewegungs- und Existenzfähigkeit einer Gesellschaft einschränken ¹⁰ ¹¹ und gefährden. Das Abstellen auf die Mehrheit bei der Beschlussfassung trägt dagegen zur **Mobili-**

1 Bruderer 3.

2 Dies sind die einfache Gesellschaft, OR 530ff, die Kollektivgesellschaft, OR 552ff, und die Kommanditgesellschaft, OR 594ff.

3 Vgl. vorne § 1 RZ 85ff.

4 Vgl. dazu Kübler 22 und vorne § 2 RZ 54.

5 Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung des Aktienrechts eine Publikumsgesellschaft vor Augen gehabt, welche eindeutig kapitalbezogen strukturiert war, vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 2 N 7; Jäggi, SJZ 56 (1960) 65.

6 Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 76ff; Kübler 22f; Egger Art. 66/67 N 1; Feldmann 15f; Schluep, Anfechtungsrecht 144. Vgl. aber sogleich RZ 4.

7 Vgl. vorne § 2 RZ 36ff und § 4 RZ 79ff.

8 Vgl. OR 703 sowie OR 808 II für die GmbH und OR 888 für die Genossenschaft.

9 Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 78; vgl. auch Bruderer 15; Hensel 158; G. Schucany, Willensbildung 3.

10 Bär, Minderheitenschutz 401; derselbe, aktuelle Fragen 428; Beer 1.

11 Vgl. dazu hinten § 5 RZ 26ff.

tät und Flexibilität bei und ermöglicht damit das **Funktionieren** auch von **grossen Gesellschaften** ¹². Das Einstimmigkeitsprinzip widerspricht sodann dem Wesen der Korporation als **autonem Gebilde** ¹³ sowie der **körperschaftlichen Organisation** ¹⁴ und gleicht eher einem **Vertragsverhältnis** unter den Mitgliedern ¹⁵. Geschichtlich gesehen bildete sich das Mehrheitsprinzip aus der Erkenntnis der Nachteile des Einstimmigkeitsprinzips heraus ¹⁶. Seine Geltung wurde in den Statuten der Gesellschaften meist ausdrücklich vorbehalten und ist daher aus dem Schosse der Körperschaften selbst hervorgegangen, wogegen Rechtsprechung und Gesetzgebung nur allmählich und zögernd folgten ^{17 18}.

4 Die auf **Aristoteles** zurückgehende Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips, welche betont, dass **die Masse mehr sieht, besser als Einzelpersonen urteilt und auch schwerer zu verderben ist als wenige** ¹⁹, kann zwar im Aktienrecht für den Verwaltungsrat uneingeschränkt, für die Generalversammlung allerdings nur teilweise angewandt werden, da grundsätzlich auf die **Kapitalmehrheit** ²⁰ abzustellen ist, welche nicht notwendigerweise auch eine Personenmehrheit darstellt ²¹: U.U. bestimmt ein Grossaktionär, welcher die Kapitalmehrheit innehat, gegen viele Kleinaktionäre allein die Geschicke der Gesellschaft ²². Kopf-Präsenzquoten können einer solchen Konstellation teilweise entgegenwirken ²³, wenn sie - wenigstens betreffend der Anwesenheit in der Versammlung ²⁴ - auf eine **Personenmehr-**

12 Haymann, Minderheitsaktionär 17; Haymann, Aktienübernahmevereinbarungen 24; Goldschmidt, Grundfragen 41; Beer 2; Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 79.

13 Haymann, Minderheitsaktionär 17.

14 Allemann 56.

15 Vgl. Landolt, welcher die Frage stellt, ob unter dem absoluten Einstimmigkeitsprinzip überhaupt noch ein Vereinsbeschluss vorliegt oder nicht viel eher ein Verzicht sämtlicher Mitglieder auf ein ihnen zustehendes Sonderrecht (173).

16 Beer 1.

17 Wieland 188.

18 So konnte z.B. eine Umwandlung des Gesellschaftszwecks vor der Revision des OR (1936) überhaupt nicht ohne die Zustimmung sämtlicher Aktionäre vollzogen werden, vgl. Mijalovic 63 und Homburger, Minderheitenschutz 286. Für das Genossenschaftsrecht vgl. Hensel 158.

19 "Pars maior-Pars sanior" vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 79.

20 Vgl. OR 692 und 693 und vorne § 2 RZ 14ff, 27, 34ff.

21 Vgl. vorne § 1 RZ 76.

22 Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 79.

23 Vgl. vorne § 2 RZ 20 ff und hinten RZ 64ff.

24 Vgl. vorne § 2 RZ 29 und hinten RZ 48 (sie müssen sich nicht effektiv an der Abstimmung beteiligen).

heit abstellen und damit die Anwesenheit von mehr als einer Person garantieren²⁵.

5 Das (Kapital-) Mehrheitsprinzip findet jedoch in der AG im Recht der GV insofern seine besondere Begründung, weil hier **Kapitaleinsatz** und **Stimmkraft**, d.h. **Risiko und Macht** grundsätzlich in einem **"gesunden" Verhältnis** zueinander stehen sollen. Auch im Recht des Verwaltungsrats gilt dieser Grundsatz, da die Verwaltungsräte für ihre Beschlüsse **verantwortlich** sind^{26 27}.

6 Als **Postulat** ist unter diesen bisher aufgeführten Gesichtspunkten daher festzuhalten, dass Entscheide der AG grundsätzlich **nicht von einer Minderheit** gefällt werden sollten^{28 29 30}. Auch ist folgendes Argument in Erwägung zu ziehen: "Wenn schon ein Teil der Mitglieder sich einem Entscheid beugen muss, so ist es aus dem Gedanken der grösstmöglichen Freiheit heraus das beste, die Zahl der unterlegenen Mitglieder sei möglichst klein. Das wird erreicht, wenn sich die Minderheit beugt und nicht die Mehrheit irgendeiner Minderheit"³¹. Sodann ist wiederum der Schutz der Gesellschaft massgebend: "Bedeutende Beschlüsse sollen im Interesse der Gesellschaft nicht leicht gefasst werden können: man erreicht so eine gewisse Konstanz im gesellschaftlichen Leben. Es sollen alle diejenigen, die auf die Gesellschaft vertrauen, damit rechnen können, dass nicht ununterbrochen fundamentale Veränderungen in deren Struktur und Zielsetzung eintreten"³². Gesellschaft und Mitglieder sollen vor **Zufälligkeiten** und **Launen der Teilnehmer** der beschlussfassenden Versammlung bewahrt werden³³.

25 Vgl. vorne § 2 RZ 29 und hinten RZ 48.

26 Vgl. hinten § 8 RZ 6ff, 12.

27 Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 79; Möser 65; Haymann, Aktienübernahmevereinbarungen 24; Goldschmidt, 41; von Greyerz, Schutz der Minderheit 53; Bär, aktuelle Fragen 428; Pelli 2; Mandel 51; Okur 13ff; Weber 68.

28 Bär, aktuelle Fragen 428. Vgl. auch Brunner 47: "Aber es ist grundsätzlich unerfreulich, wenn eine Minderheit des risikotragenden Kapitals einer Majorität ihren Willen aufzwingen kann" und hinten RZ 59ff.

29 Vgl. auch die hinten in RZ 64ff bei "Versammlungsdemokratie" aufgeführten Argumente.

30 Unter diesen Gesichtspunkt ist auch die Entscheidungsmacht durch Sperrminoritäten problematisch, vgl. Brunner a.a.O.

31 Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 79.

32 Feldmann 62; ebenso Hofmann 63; Bär, aktuelle Fragen 510; Bürgi Art. 703 N 23; Landolt 179; Hensel 160; Haefliger 93; Kübler 197; Vischer, Kapital 244; auch der Entwurf trägt diesem Grundsatz Rechnung, vgl. E 693 III.

7 Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass das **Mehrheitsprinzip bei der Abstimmung die Funktionsfähigkeit der AG** ³⁴ sowie das **Vertrauen der an der Gesellschaft Beteiligten auf eine gewisse Konstanz der Gesellschaft** ³⁵ schützt sowie ein **gesundes Verhältnis zwischen Risiko und Macht sichert** ³⁶ und sich - falls statutarische Präsenzquoten normiert wurden - **u.U. auch auf die Qualität der Entscheide positiv auswirkt** ³⁷.

b) Qualifizierte Mehrheiten

8 Die qualifizierten Mehrheiten ³⁸ betonen mehr noch als das "einfache" Mehrheitsprinzip ³⁹ den **Schutz der Gesellschaft** und auch **der Gesellschafter**, dadurch, dass gewisse für Gestalt und Existenz des Unternehmens **bedeutende Rechtsveränderungen** ⁴⁰ **nicht leichtfertig**, sondern nur **erschwert**, d.h. entweder mit einer **qualifizierten Abwesenheits-** oder **einer qualifizierten Zustimmungsmehrheit** ⁴¹ vorgenommen werden können ⁴² ⁴³. Es sollten **Zufälligkeitsentscheide vermieden werden** ⁴⁴. "Die Verschärfung der Anforderungen an eine zustimmende Mehrheit für einen GV-Beschluss bedeutet in der Regel eine Bekämpfung von Einzelinteressen zu Gunsten der Allgemeininteressen des Verbandes" ⁴⁵. "So erklären sich die in vielen Rechten aufgestellten besonders formellen Voraussetzungen für

33 Landolt 179; Hensel 158f.

34 Vgl. vorne RZ 3.

35 Vgl. vorne RZ 6.

36 Vgl. vorne RZ 5.

37 Vgl. vorne RZ 4.

38 Zum Begriff vgl. vorne § 2 RZ 42ff.

39 Vgl. vorne § 2 RZ 36ff.

40 In der Lehre ist im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich der qualifizierten Mehrheiten von "bedeutenden" Beschlüssen (Feldmann 62) "von gewisser Wichtigkeit" (von Greyerz, Schutz der Minderheit 56), von "wichtigen Traktanden" (Haeffliger 93; Henggeler 43; Geilinger 38; Wieland 96f; Brunner 42; Kübler 197), von "strukturellen Änderungen" (B. Vischer 244), "besonders schwerwiegende(n) Entscheide(n)" (von Waldkirch 48), von "bestimmten, besonders wichtigen Abstimmungen" (Bürgi Art. 698-738 Vorbem. N 75) bzw. "tiefgreifenden Statutenänderungen" (Bartlomé 54) oder von "Gegenständen von besonderer Tragweite" (Mengiardi Minderheitenschutz 82), wie auch von "grundlegenden Modifikationen des Gefüges der AG" (Kübler 197) die Rede, vgl. auch Bär, aktuelle Fragen 510 und E 704 (Marginale: "Wichtige Beschlüsse").

41 Vgl. OR 648 I und 649 I und II.

42 Hofmann 63.

43 Landolt 172; Bürgi Art. 703 N 23; Hensel 157f.

44 F. v. Steiger, Aktiengesellschaft 195.

45 Hensel 157.

die Beschlussfassung über eine Aenderung der Statuten ... als Schutz der Körperschaft selbst" ⁴⁶ ⁴⁷. Auch kommt hier der Grundsatz "**soviel Kapital bzw. soviel Verantwortung** ⁴⁸ - **soviel Rechte**" noch stärker zum Tragen ⁴⁹. "**Das relativ schwache Erfordernis einer erhöhten Mehrheit von abgegebenen Stimmen tendiert auf die Vermeidung von Zufallsentscheidungen, die sich in einer Versammlung aus momentanen Stimmungen ergeben können**" ⁵⁰. Die nach sämtlichen Aktien berechneten qualifizierten Präsenzquoten von OR 649 I und II, 655 und 658 ⁵¹ sowie die nach dem Grundkapital bemessenen qualifizierten Präsenz-/ Stimmenquoten von OR 636 und 648 I ⁵² betreffend Eingriffe in den Bestand der Gesellschaft bzw. in besondere Mitgliedschaftsverhältnisse sind **dagegen erhöhte Anforderungen an die positive Beschlussfassung, welche einen noch effizienteren Schutz der Kontinuität garantieren** ⁵³. **Allgemein ist dieser um so wirkungsvoller, je erschwerender das Quorum ausgestaltet ist.** Jedoch ist schon hier darauf hinzuweisen, dass die qualifizierten Mehrheiten sog. "**negative Minderheitenrechte**" ⁵⁴ entstehen lassen, mittels welchen im Unterschied zum absoluten Einstimmigkeitsprinzip zwar nicht der einzelne Aktionär, jedoch eine sog. "**Sperrminorität**", sei sie nach Kapital oder nach Köpfen bemessen ⁵⁵, den entsprechenden positiven Beschluss verhindern und einen **negativen Beschluss herbeiführen kann** ⁵⁶. Aus der Sicht der Gesellschaft bedeutet dies insofern eine Gefahr, als diese Minderheit fortwährend aus egoistischen Gründen **Obstruktion** betreiben und für die Gesellschaft notwendige Anträge **dauernd zu Fall bringen** und damit

46 Hensel 157f.

47 Das schweizerische Recht kennt freilich keine allgemeine Beschlusser schwerungen für Statutenänderungen. Der Vorentwurf für eine Reform des Aktienrechts sah eine solche vor, der Entwurf eliminierte diese Regelung aber wiederum, vgl. die Nachweise bei von Greyerz, Aktiengesellschaft 111 FN 4.

48 Vgl. vorne RZ 5.

49 Vgl. dazu Forstmoser/Meier-Hayoz § 2 N 13f.

50 Hensel 158f.

51 Vgl. dazu hinten RZ 235 ff.

52 Vgl. hinten § 7 RZ 69ff.

53 Hensel 157.

54 Vgl. hinten RZ 40ff.

55 Vgl. hinten RZ 42ff.

56 Vgl. vorne § 1 RZ 85ff.

die **Funktionsfähigkeit** ⁵⁷ sowie die **gesunde Entwicklung des Unternehmens in Frage stellen kann** ^{58 59}.

c) Zusammenfassung

9 Aufgrund der bisherigen Ausführungen kann daher festgehalten werden, dass das "einfache" Mehrheitsprinzip die **Gesellschaft** und auch die **Mehrheitsgesellschafter am stärksten schützt**, indem es die **Funktionsfähigkeit** garantiert und dennoch **leichtfertige rechtsverändernde Beschlussfassungen verhindert**. Die erschwerten Quoren betonen noch mehr die **erhöhte Tragweite eines Traktandums**. Sie fördern die Kontinuität, eröffnen aber **gleichzeitig einer sog. "Sperrminorität" die Möglichkeit, einen Vorschlag aus eigennützigen Gründen zu Fall zu bringen**. **Zugleich sind sie auch ein Mittel des Minderheitenschutzes** ⁶⁰.

2. Aktionärs- und Minderheitenschutz

a) Die Begriffe und ihre Ausgestaltung

10 Das Postulat des Gesellschafter- und Minderheitenschutzes akzentuiert sich vor allem im Recht der GV, weil hier der **Kapitaleinsatz** der Mitglieder auf dem Spiel steht. Im folgenden wird dieses Thema daher anhand hauptsächlich auf die GV bezogen dargestellt. Die Problematik kann sich aber auch im Verwaltungsrat stellen, z.B. dann, wenn Personalunion zwischen diesem und der GV besteht, d.h. in Kleingesellschaften ⁶¹. Weil die Mitglieder des Verwaltungsrats für ihre Entscheidungen sodann auch verant-

57 Vgl. zu den diesbezüglichen Massnahmen hinten § 4 RZ 105ff, 117ff.

58 Gerhard 74; Balaster 108; Geilinger 39; Bär, aktuelle Fragen 418; Weber 68ff; G. Schucany, Willensbildung 3 und von Greyerz, Aktiengesellschaft 190. Vgl. auch Horn 371, welcher darauf hinweist, dass die Verhinderung von Beschlüssen durch eine Minderheit zu einem schwerwiegenden Interessenkonflikt zwischen wesentlich Beteiligten führen könne, insbesondere dann, wenn eine solche Sperrminorität zur Behinderung einer an dem gleichen Unternehmen mit Mehrheit beteiligten Konkurrenten, der das Unternehmen seinen Konzerninteressen angleichen will, erworben werde. Hierin zeige sich, dass mit dem Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit keinesfalls immer nur schutzwürdigen Interessen einer Minderheit gedient sei.

59 Vgl. zur Revision hinten § 9.

60 Vgl. nachfolgend lit. b).

61 vgl. dazu auch hinten § 4 RZ 108ff.

wortlich werden, gelten die nachfolgenden Ausführungen - mutatis mutandis - auch für den Verwaltungsrat.

11 Der Begriff der Minderheit ist **relativ** ⁶². Einerseits kann darunter eine **kapitalmässige Minderheit** verstanden werden, welche aufgrund ihres Kapitalbesitzes, sei dieser nach Aktien oder nach Grundkapital zu bemessen, eine Minderheit darstellen und daher bei Abstimmungen unterliegen ⁶³. Dies ist der Regelfall ⁶⁴. Eine Minderheit kann sich aber auch nur nach **Aktionären** berechnen. Das Gesetz enthält zwar für die GV nur "gemischte" Kopf-Aktienzahlquoten ⁶⁵, jedoch können die Statuten solche betreffend die Anwesenheit normieren ⁶⁶. Die Kapitalminderheiten werden natürlich auch von Aktionären gehalten, weshalb in diesem Zusammenhang statt von Minderheitenschutz auch von **Aktionärs-Minderheitenschutz** gesprochen werden könnte.

12 Mengiardi bezeichnet den Aktionärsschutz als Schutz des Aktionärs innerhalb der Gesellschaft **gegen die Verwaltung** oder **die Revisionsstelle** und den Minderheitenschutz als Schutz der Minderheit ⁶⁷ **vor der Mehrheit innerhalb des Aktionärskreises** ⁶⁸.

13 Demgegenüber betont Schluep, dass es beim Aktionärsschutz nicht darum gehe, "dass sich eine wie auch immer berechnete Minderheit" zusammenrotte, "um gemeinsam vorzugehen" ⁶⁹. Vielmehr solle hier im Rahmen eines **vorausgesetzten Mehrheitsprinzips** dem **einzelnen Aktionär** trotz Zugehörigkeit zum Verband eine **Schutzzone** eingeräumt werden, in welche die **Mehrheitsmacht nicht einzudringen vermöge** ⁷⁰. Der Individualschutz ⁷¹ könne **objektiv-rechtlich**, d.h. die Mehrheitsmacht an allgemeine Rechtsgrundsätze bindend, ⁷² oder aber **subjektiv-rechtlich**, d.h. den

62 Geilinger 14.

63 Vgl. OR 703 i.V.m. 692/693.

64 Vgl. OR und E 699 III, 736 I Ziff. 4, OR 636, 648 I und 649 I und II.

65 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 27 und zur Ausnahme von OR 638 II sowie von E 629 II vgl. vorne FN 63 bei RZ 27 und hinten § 7 RZ 87 ff und § 9 RZ 9ff.

66 Vgl. vorne § 2 RZ 20ff, 27ff, 29ff.

67 Vgl. zu diesem Begriff vorne RZ 11..

68 Mengiardi, Minderheitenschutz 77. A.M. Homburger Minderheitenschutz 284.

69 Schluep, theoretische Grundlagen 47.

70 Schluep, a.a.O.

71 Aktionärs- und Individualschutz werden im folgenden synonym verwendet.

72 Schluep a.a.O. 47; vgl. auch Entwurf Art. 660 und 660a, wo nur noch der objektiv-rechtliche Schutz der Aktionäre vorgesehen ist. Vgl dazu ausführlich von Greyerz, Ausgangs-

Verbandsmitgliedern subjektive Rechte zuweisend, die dem Zugriff der Mehrheit nicht oder nur beschränkt unterworfen sind, ausgestaltet werden^{73 74}.

14 Indessen ist es nach Wiedemann Hauptaufgabe des Minderheitenschutzes, die **Mehrheitsmacht zu kontrollieren** und den **Entscheidungs-trägern gewisse Pflichten** aufzuerlegen⁷⁵. Der Minderheitenschutz knüpfe nicht an Rechte der unterworfenen Mitglieder, sondern an **Pflichten der Entscheidungsträger** an, was der objektiv-rechtlichen Ausprägung des Aktionärsschutzes nach der Ansicht von Schluep⁷⁶ entspricht. Wiedemann erwähnt denn auch die "Rechtskontrolle" durch Gerichte und Behörden als **Mittel des Minderheitenschutzes**, wogegen Schluep diese Kontrolle der Mehrheit dem Aktionärsschutz zuordnet⁷⁷.

15 Auch gibt es sog. "subjektive" Minderheitsrechte, welche einer Minderheit Rechte zuweisen, **die dem Zugriff der Mehrheit** weitgehend entzogen sind^{78 79}.

16 M.E. können daher Aktionärs- und Minderheitenschutz **nicht abschliessend voneinander abgegrenzt werden**⁸⁰, weil beide ähnlich ausgestaltet sind und sich teilweise decken:

17 Aktionärs- und Minderheitenschutz haben **beide einen objektiv- und einen subjektivrechtlichen Ansatz**⁸¹:

lage 15; derselbe Vorentwurf 27; Bär, Aktienrechtsreform 53; derselbe, aktuelle Fragen 507; Homburger, Minderheitenschutz 75f; kritisch dazu Forstmoser/Hirsch, Vorschläge 31 f.

73 Schluep a.a.O. Beispiel: wohlerworbene Rechte, vgl. hinten § 7 RZ 95ff.

74 Ähnlich auch von Greyerz, Schutz der Minderheit 54.

75 Wiedemann 418f; ähnlich Strub 116; Beer 8; Jagmetti 57.

76 Vgl. oben RZ 13.

77 Wiedemann 423; Schluep, theoretische Grundlagen 48f.

78 Vgl. z.B. OR 699 III und 736 Ziff. 4.

79 Vgl. hinten RZ 36ff.

80 A.M. offenbar Schluep, theoretische Grundlagen 47

81 So betreffend den Aktionärsschutz Schluep a.a.O. und betreffend den Minderheitenschutz Wiedemann a.a.O. 419f.

- 18 Der **objektiv-rechtlich** betrachtete Schutz kann zwar i.d.R. von **jedem einzelnen Aktionär** geltend gemacht werden und ist bezüglich der Klagelegitimation eher dem **Individualschutz** zuzuweisen⁸², so z.B. die Anfechtungsmöglichkeit von GV-Beschlüssen aufgrund von OR und E 706⁸³. Jedoch dient diese Kontrolle und Beschränkung der Mehrheitsmacht auch der **Minderheit**⁸⁴: Beim Minderheitenschutz steht das mit dem Eintritt in eine Vereinigung stets **verbundene Ueber- und Unterordnungsverhältnis**, d.h. das unter der Geltung des Mehrheitsprinzips z.T. **stabile Herrschaftsverhältnis**, im Mittelpunkt⁸⁵. Illustrativ betreffend die der Mehrheit eingeräumte Machtposition sind die Erwägungen des Bundesgerichts in BGE 102 II 269:
- 19 *"Die Struktur des Gesellschaftsrechts lässt den Willen der Mehrheit der Aktionäre ausschlaggebend sein. Mit dem Eintritt in die Gesellschaft unterwirft sich der Aktionär diesem Grundsatz und er anerkennt, dass die Mehrheit auch dann bindend entscheidet, wenn sie nicht die bestmögliche Lösung trifft (...) und ihre eigenen Interessen denjenigen der Minderheit vorgehen lässt"*⁸⁶
- 20 "Neben einer festen Mehrheit sind einzelne oder mehrere Minderheitsgesellschafter oft nur Mitläufer, da sie nicht damit rechnen können, auf die Verbandspolitik einzuwirken"⁸⁷. Aufgabe des Minderheitenschutzes ist es daher, die betroffene Minderheit vor den Gefahren einer ständigen **Ungleichbehandlung, Unterdrückung** oder sogar **Entrechtung** zu bewahren⁸⁸, **"ohne dass die Gesellschaft und die Aktionäre als Ganzes in Mitleidenschaft gezo-**

82 Vgl. OR 706.

83 Vgl. auch BGE 95 II 164, wonach ein GV-Beschluss dann rechtsmissbräuchlich ist, "wenn er sich durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen nicht rechtfertigen lässt, die Interessen einer Minderheit offensichtlich beeinträchtigt und Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt". Rechtswidrig ist auch die Missachtung des Gleichbehandlungsgebots, vgl. 93 II 406 und 91 II 301, wonach eine ungleiche Behandlung nur dann zulässig ist, wenn sie nicht unsachlich, sondern ein angemessenes Mittel zur Erreichung eines gerechtfertigten Zweckes ist ebenso von Greyerz, Schutz der Minderheit 54).

84 Wiedemann 418f, 423; vgl. auch Schlupe, theoretische Grundlagen 49 und von Greyerz, a.a.O. 54.

85 Wiedemann 418.

86 Vgl. auch BGE 99 II 55, 95 II 163, 84 II 20.

87 Wiedemann 418.

88 Wiedemann a.a.O.; Peyer 1; Wieland 228;

gen werden und ohne dass die Zweckverfolgung und Unternehmenserhaltung verunmöglicht oder allzu stark behindert wird" ⁸⁹. Der Minderheitenschutz dient dem **Ausgleich dieser Interessen** und der **Begrenzung der Mehrheitsmacht** ⁹⁰. Es besteht nach heutiger Auffassung auch ein öffentliches Interesse am Schutz der Minderheitsaktionäre: Ohne Minderheitenschutz würde die AG an Interesse verlieren ⁹¹. Unter diesem Gesichtswinkel schützt die Beschränkung der Mehrheitsmacht, welche die Mehrheit objektiv an allgemeine Rechtsgrundsätze, z.B. die allgemeine Schranke des Rechtsmissbrauchs und des Gleichbehandlungsgebots ⁹² bindet, auch die Minderheit. ⁹³

- 21 Ein ansatzweise ⁹⁴ **subjektiv-rechtlich** ausgestalteter Schutz kommt indessen sowohl den Aktionären wie auch den Minderheiten zu: Ersteren z.B. durch die Zuweisung wohlervorbener Rechte ⁹⁵, letzteren durch die Gewährung von Minderheitsrechten, d.h. durch die Gewährung bestimmter Befugnisse an eine relativ geringe Zahl von Mitgliedern, welche daher gewisse Rechte aus eigenem Willen selbständig geltend machen können ⁹⁶, die ihnen z.T. ohne ihre Zustimmung nicht entzogen werden können ⁹⁷ und damit von der Mehrheitsmacht unabhängig sind ⁹⁸. Solche Minderheitsrechte sind in OR und E 699 III und 736 I Ziff. 4 sowie in den Gesetzesbestimmungen mit qualifizierten Mehrheitsquoten enthalten ⁹⁹.

⁸⁹ Von Greyerz, Schutz der Minderheit 53.

⁹⁰ Von Greyerz a.a.O., vgl. auch Mengiardi, Minderheitenschutz 82 ff; Schluep, theoretische Grundlagen 47 ff.

⁹¹ Strub 116.

⁹² Vgl. vorne FN 83.

⁹³ Vgl. BGE 95 II 164.

⁹⁴ Die Minderheitsrechte können nicht in gleicher Weise als "subjektive Rechte" qualifiziert werden wie die wohlervorbenen Aktionärsrechte, da sie in der Regel - mit Ausnahme der gesetzlichen - statutarisch durch Mehrheitsentscheid eingeführt und auch wieder aufgehoben werden können, vgl. hinten § 5 RZ 44 ff.

⁹⁵ A.M. von Greyerz, Schutz der Minderheit 54, welcher die wohlervorbenen Rechte dem Minderheitenschutz zuordnet.

⁹⁶ Hensel 162.

⁹⁷ So z.B. die Minderheitsrechte in OR 699 III und 746 Ziff. 4, vgl. dazu hinten RZ 36ff.

⁹⁸ Für die Aktionärsrechte vgl. Schluep, theoretische Grundlagen 48; Plüss 35; Bürgi, Vorbemerkungen zu Art. 698-738, N 72, 75.

⁹⁹ Vgl. hinten § 7 RZ 69ff.

- 22 Der subjektiv-rechtliche Schutz **beschränkt indessen immer auch die Mehrheitsmacht**, weil die Mehrheit an die Aktionärs- oder Minderheitsrechte gebunden ist und diese Rechte z.T. nicht oder nur unter erschwerten Voraussetzungen beseitigen kann.
- 23 Der Minderheitenschutz ist vom Ergebnis her insofern immer auch ein **Aktionärsschutz**, als er dem oder denjenigen Aktionär(en), welche die Minderheitsbeteiligung halten bzw. die geforderte Anzahl Aktionäre darstellen, zugutekommt ¹⁰⁰. Insofern wäre es richtiger, begrifflich von einem **Aktionärminderheits-** oder von einem **Minderheitsaktionärsschutz** auszugehen ¹⁰¹.
- 24 Die Aussage **Mengiardis**, Aktionärsschutz sei immer auch Minderheitenschutz ¹⁰², ist m.E. **abzulehnen**: Ein einziger Aktionär kann nämlich die Mehrheitsbeteiligung halten, womit er kapitalmässig Mehrheits- und nicht Minderheitsaktionär ist ¹⁰³.
- 25 Aktionärs- und Minderheitenschutz unterscheiden sich also im wesentlichen in der **subjektiven Sphäre**, welche den Aktionären und Aktionärminderheiten weitgehend "unantastbare" Rechte zuweist: Während der Aktionärsschutz jedem Aktionär einzeln zukommt ¹⁰⁴, können die Minderheitsrechte insofern nur "erschwert" geltend gemacht werden, als i.d.R. ¹⁰⁵ zunächst eine **Vereinigung der Stimmkraft** erforderlich ist und sich u.U. ein Minderheitskonsortium bilden muss ¹⁰⁶ ¹⁰⁷. Eine solche Minderheitsgruppe kann i.d.R. nicht ohne weiteres gebildet werden. Daher stellen Minderheitsrechte eine **teilweise Abschwächung der Rechte des Einzelnen** dar ¹⁰⁸. Heute steht in vielen Fällen nicht mehr dem einzelnen

100 Hinter jeder Kapitalbeteiligung befindet sich ein "personales Substrat", vgl.z.B. hinten § 7 RZ 27.

101 So Bartlomé 54; Jäggi 91; Homburger, Minderheitenschutz 288 und Weber 69f.

102 Ähnlich auch von Greyerz, a.a.O. 53ff.

103 Mengiardi, Reformen 36.

104 Plüss 35; Wiedemann 419.

105 Falls sich die Minderheitsbeteiligung nicht in der Hand eines einzigen Aktionärs befindet.

106 Glatfelder 163a; Haymann, Aktienübernahmevereinbarungen 71; Wiedemann 419; Plüss 35.

107 Nach Geilinger hat der Aktionär ein wohlerworbenes Recht darauf, sich an einer Minderheitskombination zu beteiligen (13 m.w.H. in Anm. 2).

108 Wiedemann 419; ähnlich Geilinger a.a.O.

Aktionär, sondern nur noch einer Minderheit in einer von Gesetz oder Statuten bestimmten Zahl von Aktienvertretungen das Recht zu, einen entscheidenden Einfluss bei der Bildung des Körperschaftswillens auszuüben ¹⁰⁹. So forderte das aOR für die in OR 648 enthaltenen Beschlussgegenstände noch die absolute Einstimmigkeit ¹¹⁰, wogegen heute ein zwei Drittels- Stimmen- ¹¹¹ und Kapitalquorum vorgesehen ist: Es kann sich also nur noch eine Minderheit, welche über mehr als 1/3 des Grundkapitals verfügt, einem solchen positiven Beschluss wirksam widersetzen ¹¹².

- 26 In **Reformpostulaten** wird häufig wieder eine **Vermehrung und Verstärkung der subjektiv-rechtlichen Aktionärsrechte gefordert** ¹¹³.
- 27 Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass die **Mehrheitsmacht** einmal **objektiv-rechtlich** durch allgemeine Rechtsgrundsätze beschränkt werden kann, welche sowohl dem Aktionärs- wie auch dem Minderheitenschutz dienen. ¹¹⁴ Sodann wird sie auch durch die Einräumung **subjektiver Rechte** an Aktionäre oder Minderheiten beschränkt bzw. dann sogar ausser Kraft gesetzt, wenn diese Rechte der Entscheidungsmacht der Mehrheit entzogen sind. Dies ist bei den gesetzlich eingeräumten wohlerworbenen Aktionärs- und bei den zwingenden gesetzlichen Minderheitenrechten der Fall. Die statutarisch gewährten Rechte dieser Art dienen auch dem Aktionärs- oder Minderheitenschutz, sind jedoch keine subjektiven Rechte im bisherigen Sinn, weil sie - eine andere Ausgestaltung vorbehalten - wieder beseitigt werden können ¹¹⁵.

109 Geilinger a.a.O.; Jndermaur 13.

110 Vgl. aOR 627 III, welche Norm bestimmt, dass eine "Umwandlung des Gesellschaftszwecks der Minderheit durch die Mehrheit nicht aufgenötigt werden kann" und dazu Homburger, Minderheitenschutz 286.

111 Betreffend das zusätzlich erforderliche Stimmenquorum vgl. hinten § 7 RZ 69ff. Es genügt das "normale" Beschlussquorum bezüglich der Stimmen. Diese Differenzierung ist wesentlich, falls eine Gesellschaft Stimmrechtsaktien ausgeben hat. Diesfalls sind zwei Quoren zu beachten; zum einen die zwei Drittels Kapitalmehrheit und zum anderen i.d.R. die absolute Mehrheit der Stimmen, vgl. hinten a.a.O.

112 Vgl. hinten RZ 40ff.

113 Wiedemann 419; Pelli 40f.

114 So z.B. in E 660 und 660a, vgl. dazu vorne RZ 18.

115 Vgl. hinten § 5 RZ 50ff.

b) Vorgehen

28 Im folgenden werden die betreffend Quoren relevanten **subjektiven Aktionärs- und Minderheitenschutzquoren** erörtert:

c) Aktionärsschutz durch Kopf- und Präsenzquoren

29 **Kopfquoren** ¹¹⁶ sind auf die **Person des Aktionärs** zugeschnitten und bezwecken den **Schutz des einzelnen Gesellschafters** ¹¹⁷. Dem Aktionär wird trotz Zugehörigkeit zum Verband, in welchem grundsätzlich das Mehrheitsprinzip gilt ¹¹⁸, eine Schutzzone eingeräumt, in welche die Mehrheitsmacht nicht einzudringen vermag ¹¹⁹. Es handelt sich um den subjektiv-rechtlichen Ansatz des Individualschutzes ¹²⁰.

30 Die **Kopf-Präsenz-/Stimmenquoren** von OR 623 II und 646 I betreffend den Entzug wohlervorbener Rechte und die Zusammenlegung von Aktien sind so stark wie nur möglich erschwert, indem sie die absolute Einstimmigkeit verlangen ¹²¹. Damit wird jeder einzelne Aktionär maximal geschützt, indem ohne seine Zustimmung mit seinen sämtlichen Aktien keine Rechtsveränderung vorgenommen werden kann. ¹²² Jeder Aktionär kann also einzeln einen diesbezüglichen Antrag - sei es durch Abwesenheit, Stimmenthaltung, Leerstimme oder Neinstimme ¹²³ - zu Fall bringen ¹²⁴. Dasselbe trifft auch für das Quorum von OR 638 II und E 629 II zu ¹²⁵. Das **Einstimmigkeitsprinzip** garantiert allgemein einen vollkommenen Individual- und Minderheitenschutz ¹²⁶.

116 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 20ff.

117 Ähnlich Wieland 227; Mengiardi, Minderheitenschutz 77; Schluep, theoretische Grundlagen 47.

118 Vgl. OR 703.

119 Schluep a.a.O. 47; ähnlich auch Bürgi Art. 698-728 Vorbem. N 72, 75.

120 Schluep a.a.O.; Bürgi a.a.O.; Plüss 35; Wiedemann 418.

121 Vgl. Beer 7; Homburger, Minderheitenschutz 286ff.

122 Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 77.

123 Vgl. bei § 4 RZ 69 und 74 ff.

124 Vgl. Geilinger 40f, welcher ein "Vetorecht" jedes einzelnen Gesellschafters erwähnt.

125 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 27 FN 71.

126 Vgl. das Urteil des BGH vom 13.3.1978, zit. in JZ 33 (1976) 610ff, 612.

31 Das in **OR 635 III** enthaltene Quorum dieser Art fordert lediglich die relative Einstimmigkeit ¹²⁷, indem es auf die Zustimmung sämtlicher an der Versammlung vertretener Zeichner abstellt ¹²⁸. Daher schützt diese Vorschrift nicht sämtliche, sondern nur die **an der Versammlung anwesenden Zeichner**.

32 Das **Kopf-und Aktien-Präsenzquorum** von OR und E 701 welcher für eine Universalversammlung die Anwesenheit der Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien fordert ¹²⁹, stellt wiederum einen Schutz des einzelnen Aktionärs dar ¹³⁰, der aber etwas weniger weit geht, als derjenige der Kopfstimmenquoren, die auf die absolute Einstimmigkeit abstellen: Hier kann zwar auch jeder einzelne Aktionär die positive Beschlussfassung verhindern, jedoch nur durch Abwesenheit ¹³¹. Umgekehrt werden dadurch die **nicht anwesenden Aktionäre** vor Rechtsveränderungen, welche sie benachteiligen, geschützt ¹³². Ist jedoch die geforderte Aktionärszahl an der Versammlung anwesend, so genügt das "gewöhnliche" gesetzliche oder statutarische Stimmenquorum ¹³³ für die Abstimmung, im Normalfall also die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen ¹³⁴. Bei den Stimmenquoren mit absoluter Einstimmigkeit, genügt dagegen diese Anwesenheit sämtlicher Aktionäre nicht, sondern es müssen zusätzlich alle Aktionäre einem diesbezüglichen Antrag zustimmen. Die in OR 646 I und 623 II enthaltenen Quoren sind denn auch gemischte Präsenz-/Stimmenquoren ¹³⁵.

33 Die **Kopf-Präsenzquoren** stellen demnach einen **etwas abgeschwächten Schutz der Aktionäre** dar, welcher aber die positive Beschlussfassung auch nicht so stark behindert wie das Erfordernis der absoluten Einstimmigkeit. Auch wenn der einzelne Aktionär eine dem Quorum unterworfenen Beschlussfassung nur durch Abwesenheit verhindern kann, so setzen diese Präsenzquoren doch umgekehrt in positiver Hinsicht voraus, dass eine gewisse Anzahl der Gesellschafter an den Geschicken der Gesell-

127 Vgl. vorne § 2 RZ 55.

128 Vgl. hinten § 7 RZ 322ff.

129 Vgl. hinten bei § 7 RZ 322ff.

130 Beer 7; Weber 69.

131 Vgl. die Kritik von von Greyerz, Aktiengesellschaft 190.

132 Ein GV-Beschluss schafft nämlich für sämtliche, auch für die nicht anwesenden Mitglieder Recht, vgl. vorne § 1 RZ 36.

133 Vgl. hinten § 5 RZ 27ff und 39ff.

134 Vgl. OR 703.

135 Vgl. vorne § 2 RZ 11ff.

schaft teilnimmt oder zumindest davon Kenntnis erhält und bei den entsprechenden Beschlussfassungen anwesend ist ¹³⁶. Eine Minderheit wird in wichtigen Angelegenheiten vor der Ueberstimmung durch eine kleine Mehrheit geschützt ¹³⁷. Es soll verhindert werden, dass eine nur kleine Zahl von Mitgliedern einen positiven Beschluss fasst ¹³⁸.

34 Obwohl die Präsenzquoten im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit einer Gesellschaft stark kritisiert werden ¹³⁹, kann eine solche Regelung gerade bei **kleinen, personenbezogenen Aktiengesellschaften mit persönlichen Bindungen unter den Gesellschaftern** sinnvoll und wünschbar sein ¹⁴⁰ ¹⁴¹. Bei grossen Publikumsgesellschaften sind Präsenzquoten dagegen oft nicht zu erreichen, da der Publikumsaktionär weniger an den Geschicken der Gesellschaft als vielmehr an der Ausschüttung einer Dividende interessiert ist und dementsprechend der Generalversammlung überwiegend fernbleibt ¹⁴².

d) **Minderheitenschutz durch qualifizierte Mehrheits- und Minderheitsquoten**

35 "Je nachdem, ob der Minderheit das Recht zusteht, einen positiven Willen der Generalversammlung zu erzeugen, oder lediglich einen solchen zu verhindern und einen negativen Beschluss herbeizuführen, unterscheidet man zwischen den **positiven oder negativen Minderheitsrechten**" ¹⁴³ ¹⁴⁴.

136 Vgl. hinten RZ 64ff.

137 Plüss 40; Kemahlioglu 62.

138 Hensel 160.

139 Vgl. Balastèr 108; Geilinger 39; Weber 70 und die Kritik von von Greyerz in FN 140.

140 Die Kritik von von Greyerz, Aktiengesellschaft 190, und Aktionärsschutz 447, welcher die Anwesenheitsquoten als "legislatorisch verfehlt" erachtet, weil das "Zustandekommen" der Beschlüsse lediglich durch Fernbleiben von der Versammlung zu Fall gebracht werden könne und weil damit der Gesetzgeber Abstinenz zum Minderheitenschutz erhebe, erscheint bezogen auf diese personenbezogenen Verhältnisse m.E. als ungerechtfertigt, vgl. dazu hinten § 9 RZ 1ff.

141 Ebenso im (personenbezogenen) Verwaltungsrat, vgl. hinten § 8 RZ 53ff.

142 Weber-Dürler 54f; Geilinger 15, 39; Haefliger 15; Hensel 160f, 164.

143 Geilinger 13 m.w.H.; vgl. auch Hofmann 63; Möser 65; Horn 371 ff; Jagmetti 58; Kemahlioglu 60; Zehnder 112.

144 Vgl. zur Bedeutung des Minoritätenproblems auch in anderen Wissenschaften Wiedemann 419.

aa) Positive Minderheitsrechte durch Minderheitsquoten

36 Mit den sog. **positiven Minderheitenrechten** ¹⁴⁵ kann eine **Minderheit ihren Willen u.U. auch gegen eine ablehnende Mehrheit durchsetzen** ¹⁴⁶ und zwar im **positiven Sinne**, indem Rechtsveränderungen **durchgesetzt** und nicht nur solche **verhindert** werden können ^{147 148}. Eine **Minderheit** erhält das **Recht**, ihren **positiven Willen zum Willen der gesamten Körperschaft** zu erheben ¹⁴⁹. Die Minderheitsverlangen bzw. -rechte von OR und E 699 III (Einberufung einer GV durch 10% des Aktienkapitals) und OR und E 736 I Ziff. 4 (Auflösungsbegehren durch 20% bzw. 10% des Aktienkapitals) stellen solche positiven Minderheitsrechte dar. Sie sind in ihrer Wirkung den Beschlüssen der GV zumindest insofern gleichzusetzen, als eine dem Beschluss entsprechende Bindung eintritt und auch widersprechende Aktionäre gebunden sind ¹⁵⁰. Diese Minderheitsrechte üben einen mässigen Einfluss auf Verwaltung und Mehrheitsaktionäre aus ¹⁵¹. Ferner können die Statuten für einzelne oder sämtliche Beschlüsse der GV in Abweichung von OR und E 703 Minderheitsquoten vorsehen ¹⁵². Diese stellen entweder für die positive Beschlussfassung oder für die Anwesenheit an der Versammlung auf eine Minderheit entweder des Aktienkapitals, der Aktienzahl oder der Aktionäre ab ¹⁵³ (Minderheits-Präsenz- oder Minderheits-Stimmenquoten). Minderheits-Präsenzquoten sind aber nur dann ein wirksames Mittel des Minderheitenschutzes, wenn sie die Anwesenheit einer **bestimmten** Minderheit verlangen, z.B. die an einer bestimmten Aktienkategorie berechtigten Aktionäre ^{154 155}, weil sonst die **Mehrheit** dieses Minderheitsquorum jederzeit erfüllen und ihren Willen durchsetzen kann.

145 Wiedemann bezeichnet einen Teil dieser Rechte als "formelle Minderheitsrechte", zu welchen er auch das Anfechtungsrecht zählt, a.a.O. 419.

146 Kemahlioglu 61; vgl. auch Landolt 171; Hensel 152; Haymann, Aktienübernahmevereinbarungen 73 und Feldmann 62.

147 Kemahlioglu 61; Mijalovic 63; Schluep, Anfechtungsrecht 214.

148 Vgl. zu neg. Minderheitsrechten nachfolgend RZ 40ff.

149 Mijalovic 63; Schluep, Anfechtungsrecht 214.

150 Jacusiel 20; Jagmetti 59; Bär in ZBJV 121 (1985) 232; vgl. auch Plüss 38; Geilinger 13.

151 Haymann, Aktienübernahmevereinbarungen 71f; Glattfelder 163a.

152 Vgl. vorne § 1 RZ 78ff.

153 Vgl. vorne § 2 RZ 14ff.

154 Bei einer Familien-AG also z.B. die Namenaktionäre welche i.d.R. (falls Stimmrechtsaktien ausgegeben wurden) Familienmitglieder sind.

155 Diesfalls ist aber der auch zwischen verschiedenen Aktienkategorien geltende Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten, vgl. dazu hinten § 7 RZ 162f. 173ff. 188.

37 **Minderheits-Stimmen- bzw.- Präsenz-/Stimmenquoten** sind ein hervorragendes Mittel des Minderheitenschutzes ¹⁵⁶. Sie geben einer Minderheit die Möglichkeit, einen **Antrag auch gegen den Willen der Mehrheit durchzusetzen** ¹⁵⁷. Die bloße Anwesenheit der Mehrheit zeitigt keine Rechtswirkungen, da es sich um ein Abstimmungsquorum handelt ¹⁵⁸.

38 Einen Sonderfall unter den Minderheits-Stimmenquoten stellen das **Proportionalwahlverfahren** sowie das "**cumulative-voting**" System dar, welche für Wahlen entweder auf das Verhältnis von Stimmen zueinander abstellen oder die Stimmen des einzelnen Aktionärs proportional zu seinem Aktien- oder Kapitalanteil häufen ¹⁵⁹. So wird einer Minderheit u.U. die Möglichkeit eröffnet, einen ihnen genehmen Kandidaten als Minoritätenvertretung in den Verwaltungsrat zu wählen. Es handelt sich daher um äusserst wirksame Mittel des Minderheitenschutzes ¹⁶⁰.

39 **Minderheits-Präsenzquoten** sind dann nützliche Schutzbehelfe für die Minderheit, wenn sie auf eine **bestimmte** Minderheit abstellen ¹⁶¹.

bb) Negative Minderheitenrechte durch Mehrheitsquoten

40 **Erschwerungen der positiven Beschlussfassung** ¹⁶² durch qualifizierte Mehrheiten ¹⁶³ ¹⁶⁴ geben einer sog. **Sperrminorität** ¹⁶⁵ die Möglichkeit und das Recht, **einen von der Mehrheit gewollten positiven Beschluss, eine Rechtsveränderung entweder mittels Abwesenheit, Stimmenenthaltung oder Nein- bzw. Leerstimme zu verhindern** ¹⁶⁶ und im Interesse der bestehenden Verhältnisse einen **ablehnenden, negativen Beschluss herbeizuführen** ¹⁶⁷.

156 Pelli 40; Plüss 38.

157 Siehe oben RZ 36.

158 Vgl. vorne bei Berechnung § 2 RZ 7ff.

159 Vgl. vorne § 2 RZ 48ff und hinten § 4 RZ 84.

160 Geilinger 43; Landolt 170; Wiedemann 423.

161 Vgl. dazu vorne RZ 36.

162 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 85.

163 Vgl. zu diesem Begriff auch vorne § 2 RZ 42ff.

164 Wiedemann erwähnt in diesem Zusammenhang den "sachlichen" Minderheitenschutz, a.a.O. 421.

165 Vgl. zu diesem Begriff sogleich RZ 42.

166 Feldmann 61f; Weber 68; Hensel 162; Horn 371; Mijalovic 63; Zehnder 113; Möser 66; Geilinger 13; ähnlich auch von Greyerz, Aktiengesellschaft 168f und Glattfelder 162a.

167 Hensel 162; Geilinger 14; Zehnder 110; Jndermaur 17 ff; Mijalovic 63. Zum neg. Be-

41 Mittels qualifizierter Mehrheitsquoten wird die Minderheit vor einer **Ueberstimmung durch die Mehrheit** geschützt ¹⁶⁸. Dadurch, dass sie mit diesem sog. negativen Minderheitenrecht ¹⁶⁹ einen legalen Mehrheitsbeschluss blockieren kann ¹⁷⁰, erhält sie entscheidenden **Einfluss** auf die positive Beschlussfassung ¹⁷¹. Sie kann den Willen der Mehrheit, welche z.B. von ihrer Macht in unlauterer Weise zum Schaden der Korporation Gebrauch machen will ¹⁷², bestreiten ¹⁷³ ¹⁷⁴. Der **Entscheidungsmacht der Mehrheitsbeteiligung** werden im Interesse einer Minderheit **Grenzen** gesetzt ¹⁷⁵.

42 Diese Möglichkeit ist aber nur dann gegeben, wenn die Stimmkraft der Minderheit derjenigen einer **Sperrminorität** entspricht, d.h. wenn eine Kumulation einer gewissen Mindestzahl von Stimmen ¹⁷⁶ erreicht ist, welche das Zustandekommen eines entsprechenden positiven Beschlusses, ein Mehrheitsverlangen, verunmöglichen kann ¹⁷⁷.

schluss vgl. vorne § 1 RZ 85.

168 Pelli 40; vgl. auch Beer 7; Künzli 22; Feldmann 61f; Bürgi, Vorbem. zu 698-735 N 35f; Strub 116; Wieland 95; Mohr 39; Jäggi, privilegierte Aktien 91; Beer 7; Landolt 172; vgl. auch Weiss, Einleitung 69.

169 Vgl. die Kritik zu dieser Bezeichnung bei den qualifizierten Mehrheiten bei Hensel 162 und Jndermaur 6, welche darauf hinweisen, dass die Minderheit hier - im Gegensatz zu den positiven Minderheitsrechten - kein eigenes Recht aus eigenem Willen selbständig geltend machen kann, sondern dass ihr das Gesetz durch die gestellten Anforderungen lediglich einen Schutz gegenüber den ihr entgegenstehenden Interessen gewährt. Eine Minderheit könne niemals einen entgegenstehenden negativen Beschluss selbständig zustande bringen, was dem Inhalt eines Minderheitenrechts entsprechen müsste. Jndermaur erwähnt in diesem Zusammenhang daher "uneigentliche Minderheitenrechte" (a.a.O.). Auf diese Problematik wird im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter eingegangen.

170 Beer 7; Kemahlioglu 60, 62.

171 Geilinger 127; Beer 7; Hensel 162.

172 Beer 8.

173 Landolt 172; Geilinger 13; Möser 66; Mijalcovic 63.

174 Vgl. auch Hofmann, welcher festhält, dass die Minderheiten auf dem Weg der Herabsetzung der "mehrheitlichen" Stimmgewalt einen vermehrten Einfluss auf die gesellschaftliche Willenbildung erlangen (63).

175 Horn 371.

176 Zum Begriff der Stimme vgl. hinten § 4 RZ 60ff.

177 Vgl. von Greyerz, Aktiengesellschaft 168f; Moser 3; Künzli 22; Landolt 170; Pelli 40; vgl. auch von Planta 4 und Feldmann 62. Beim Quorum von OR 636 und 648 I OR (vgl. dazu hinten § 7 RZ 69ff) ist diese Sperrminorität also bei einer Stimmenzahl von mehr als 33,33% des Grundkapitals erreicht, vgl. Haymann, Aktienübernahmevereinbarungen 72f; bei OR 649 I, 655 und 658 bei mehr als 33,33% sämtlicher Aktien, also bei einem Drittel plus einer Aktie. Vgl. auch hinten § 4 RZ 82ff.

43 **Um Zufallsmehrheiten zu verhindern**, werden die qualifizierten Stimm- und Kapitalerfordernisse häufig durch ein Anwesenheitsquorum ¹⁷⁸ verstärkt ¹⁷⁹. Es handelt sich sodann um ein **qualifiziertes Präsenz-/Stimmenquorum**. Diese Quoren - sofern sie als Mehrheitsquoren ausgestaltet sind - bewirken einen noch stärkeren Schutz der **Minderheit**, indem diese zur Beschlussfassung nicht nur anwesend sein, sondern auch **zustimmen** muss. Sie kann somit einen positiven Beschluss nicht nur durch Fernbleiben, sondern auch mit Nein bzw. Leerstimmen oder Stimmenthaltungen blockieren ¹⁸⁰. Je höher das Quorum, je breiter der Zuständigkeitskatalog, desto stärker ist auch die **Integration der Minderheit in die Gemeinschaft** ¹⁸¹. Der Minderheitenschutz ist effizienter mit Dreiviertelsmehrheiten als mit Zweidrittelsmehrheiten ¹⁸². Im geltenden schweizerischen Aktienrecht sind aber ausschliesslich letztere Mehrheiten normiert ¹⁸³.

44 "Zwar zwingt das Erfordernis einer Dreiviertels-Mehrheit nicht zur Berücksichtigung aller Aktionärsinteressen. Die Verwaltung wird dadurch jedoch veranlasst, bei der Vorbereitung solcher Beschlüsse den Interessen eines grösseren Aktionärskreises Beachtung zu schenken" ¹⁸⁴. Es ist damit jedenfalls sichergestellt, dass **allein im Interesse eines Mehrheitsaktionärs solche Rechtsveränderungen nicht zustande kommen** ¹⁸⁵.

45 Jedoch können qualifizierte Mehrheitserfordernisse den **Gesellschaftsinteressen auch zuwiderlaufen** ¹⁸⁶. Es ist keinesfalls immer nur schutzwürdigen Interessen einer Minderheit gedient ¹⁸⁷. Diese kann wichtige Rechtsveränderungen ständig blockieren und für die Entwicklung des Unternehmens und damit auch für die Aktionäre vorteilhafte Entscheidungen dauernd verhindern ¹⁸⁸. In einer AG, welche **überfremdet** ist, können z.B. unbemerkt Eingedrungenen leicht eine Sperrminderheit bilden, welche

178 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 4ff.

179 Wiedemann 420.

180 Vgl. hinten § 4 RZ 66ff, 91ff, 93f.

181 Wiedemann a.a.O.

182 Wiedemann 421.

183 Vgl. OR 636, 648 I, 649 I, 655, 658. Zu den statutarischen Abweichungsmöglichkeiten vgl. hinten § 5.

184 Horn 371.

185 Ähnlich Horn a.a.O.

186 Biber 109.

187 Horn a.a.O.

188 Vgl. dazu NZZ Nr. 60 vom 13.3.1987, 21 betreffend ein nicht erreichtetes Zwei-Drittels Quorum (vgl. dazu hinten § 7 RZ 202 FN 394).

sich der Schaffung von Stimmrechtsaktien widersetzt¹⁸⁹. Je höher ein qualifiziertes Stimmen- oder Kapitalquorum ist, desto eher kann eine Minderheit Obstruktion betreiben¹⁹⁰.

46 Wegen dieser Macht, welche eine solche Sperrminorität innehat, ist gemäss dem deutschen Aktiengesetz von 1965 Erwerb und Aufgabe einer solchen Minderheit einer **Mitteilungs- und Veröffentlichungspflicht** unterworfen¹⁹¹.

47 Betreffend die Vor- und Nachteile von qualifizierten **Mehrheits-Präsenzquoren** im speziellen sei auf die entsprechenden Ausführungen bei den Kopf-Präsenzquoren¹⁹² verwiesen. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass das qualifizierte gemischte Präsenz-/Stimmenquorum von OR 648 I deshalb seine besondere Berechtigung hat, weil die dort erwähnten Statutenänderungen die **mitgliedschaftlichen Interessen stark beeinträchtigen**¹⁹³. Das darin enthaltene Präsenzquorum erhält hier - **jedenfalls bei kleinen, personenbezogenen Verhältnissen** - seine besondere Rechtfertigung, indem auch die Anwesenheit und Zustimmung der Sperr-Minderheitsaktionäre gefordert wird.

II. SICHERUNGSFUNKTION

1. Sicherung des Prinzips der Versammlung und der Diskussionsmöglichkeit durch (Kopf-)Präsenzquoren

48 Im Aktienrecht hält der Gesetzgeber im Gegensatz zum Genossenschaftsrecht¹⁹⁴ zwingend am **Prinzip der Generalversammlung** fest¹⁹⁵. Die schriftliche oder die Urnenabstimmung sowie die Delegiertenversammlung sind unzulässig¹⁹⁶. Damit legt der Gesetzgeber Wert auf das Element

189 Biber 109.

190 Kuster 101; Indermaur 104; vgl. auch Krebs 106 ff.

191 Vgl. §§ 20 I und V (d) AktG und dazu Horn 371.

192 Vorne RZ 8, 32ff.

193 Hensel 160.

194 Vgl. OR 880 für das Genossenschaftsrecht und OR 808 II für die GmbH. Auch Beschlüsse des Verwaltungsrats sind auf dem Zirkularweg zulässig, vgl. OR 716.

195 Vgl. OR 698 und Bürgi, Vorbem. zu 698-731 N 22ff.

196 F. von Steiger, Aktuengesellschaft 181; Forstmoser/Meier-Hayoz § 19 N 10f; Funk Art.

der **Zusammenkunft** ¹⁹⁷, der persönlichen Anwesenheit zumindest eines Teils der Aktionäre bzw. derer Vertreter bei der Diskussion und Beschlussfassung ¹⁹⁸ ¹⁹⁹. Die Gesellschafterversammlung ist ein ausgesprochen **persönliches Element** im Recht der Kapitalgesellschaften ²⁰⁰, vgl. Weber-Dürler:

49 *"Die Gesellschafterversammlung ist die unmittelbare persönliche Zusammenkunft der Gesellschafter an einem Ort und zu einer bestimmten Zeit zum Zwecke der mündlichen Beratung und der Beschlussfassung im engeren Sinne. Die Gesellschafterversammlung ist also gleichzeitig Informations- (vor allem Diskussions-) und Abstimmungsversammlung"* ²⁰¹.

50 Anwesenheits-Kopfquoren bewirken nun gerade eine gewisse Präsenz von Mitgliedern an der Generalversammlung und ermöglichen damit eine echte Beratung und Diskussion ²⁰². Vgl. Weber-Dürler:

"Der demokratische Kern der Gesellschafterversammlung ist die Diskussion, die mündliche Beratung als das verbindende gemeinschaftliche Element. Die Diskussion ist der einzige rechtliche erfasste persönliche Kontakt der Gesellschafter; in ihr spielt sich das gemeinschaftliche Leben ab, das gemeinsame Ringen um die gemeinsamen Probleme" ²⁰³ ²⁰⁴.

51 Aus denselben Gründen sind im **Recht des Verwaltungsrats** Anwesenheits-Kopfquoren von grosser Bedeutung und in den Statuten häufig auch vorgesehen. Eine ähnliche Bedeutung wie einem Präsenzquorum kommt dem Einstimmigkeitsquorum von OR 716 und E 713 II zu ²⁰⁵.

692 N 2; Kemahlioglu 54, BGE 67 I 342ff.

197 Schon der Begriff der Versammlung setzt nach allgemeinem Sprachgebrauch die Anwesenheit von zwei oder mehreren Personen (und nicht von Aktien) voraus vgl. Jacusiel 4; Strub 83.

198 Strub 81ff; Jacusiel 4ff; Rohrer 5; Ensslin 59f; Okur 61ff; U.G. Frei 35ff; Kohler 50ff.

199 Um so mehr erstaunt es, dass für die GV kein allgemeines Präsenzquorum vorgesehen ist. Weber-Dürler 52.

201 Weber-Dürler 42; vgl. auch Landolt 144.

202 Weber-Dürler 42ff.

203 Weber-Dürler 43, vgl. auch 47.

204 Vgl. die Kritik betreffend die Uebertragung staatlicher Demokratiebegriffe auf die Organisation der AG bei Bruderer 6ff m.w.H.

205 Vgl. hinten § 8 RZ 34ff.

- 52 Jedoch ist nur **lebendige Diskussion** echte Demokratie ²⁰⁶. Eine sinnvolle und lebendige Diskussion beruht auf drei Voraussetzungen:
- 53 Erstens müssen die Gesellschafter den **animus socii**, den "Bürgersinn", in sich tragen ²⁰⁷, welcher sich im **Interesse am Gemeinschaftsleben** manifestiert ^{208 209}. Dazu müssen sie über die notwendige Vorbildung verfügen, um die Informationen verstehen und verarbeiten zu können ²¹⁰. Sie müssen mit der Absicht in der Versammlung erscheinen, ihren Willen dort zu bilden oder ihre schon festgelegte Meinung eventuell zu modifizieren ²¹¹.
- 54 Zweitens müssen die Informationsträger den Mitgliedern in der Versammlung die für die Diskussion und Beschlussfassung notwendigen **Aufschlüsse** erteilen. Sonst wird die Diskussion allenfalls fehlgeleitet und beruht auf falschen Tatsachen ²¹².
- 55 Drittens darf die **Zahl der Versammlungsteilnehmer** nicht allzu gross sein. Bei drei- bis vierhundert oder - bei grösseren Publikumsgesellschaften - tausenden von Teilnehmern ist die Gefahr demagogischer Massenbeeinflussung gross und eine Diskussion oft nicht möglich ²¹³.
- 56 Viertens müssen die **tatsächlichen Beteiligungsverhältnisse** eine annähernd demokratische Abstimmung zulassen, damit eine Diskussion richtig funktionieren kann ²¹⁴. Bei grosser Streuung der Aktien und allgemein, wenn der Aktienbesitz jedes Gesellschafters praktisch gleich gross ist, liegt eine solche Konstellation vor. Wenn **Mehrheitsblöcke mit vorgefasstem Willen** an der GV erscheinen, welche sich nicht durch die Diskussion beeinflussen lassen, wird

206 Weber-Dürler a.a.O.

207 Weber-Dürler a.a.O.; Bruderer 8.

208 Weber-Dürler a.a.O.; Bruderer a.a.O.

209 Vgl. Weber-Dürler 85, welcher dafür hält, dass die Proporzwahl des Verwaltungsrats den **animus socii** der Aktionäre fördere.

210 Weber-Dürler 51; Bruderer a.a.O.

211 Weber-Dürler 52.

212 Weber-Dürler a.a.O.; ähnlich Bruderer a.a.O.

213 Weber-Dürler 52, 64.

214 Weber-Dürler 59.

diese zur Farce ²¹⁵. In diesem Fall können die Kleinaktionäre wohl beraten, jedoch ohne dass sie einen Einfluss auf das Ergebnis der Abstimmung haben ²¹⁶. Die Diskussion kann dann nicht Vorbereitung der Willensbildung der Gesellschafter sein und das Versammlungsprinzip ist hier fehl am Platz. "Das plutokratische Element der Abstimmung verhindert faktisch das Funktionieren des demokratischen Prinzips der Diskussion" ²¹⁷. Diese Situation tritt nicht nur dann ein, wenn ein Mehrheits- oder Grossaktionär vorhanden ist, sondern auch dann, wenn Banken für eine grosse Zahl von Aktionären das Depotstimmrecht ausüben und - was die Regel ist - dabei konstant Anträge der Verwaltung befürworten bzw. unterstützen ²¹⁸.

57 Die ersten zwei Voraussetzungen sind hauptsächlich bei **Kleinaktiengesellschaften mit persönlichen Bindungen zwischen den Mitgliedern** sowie im Recht des **Verwaltungsrats**, welcher i.d.R. wenige Mitglieder hat, erfüllt ²¹⁹. Bei Publikumsgesellschaften mit vielen Kapitalanleger-Aktionären, welche mehr am Ertrag der Aktien als an der gemeinsamen Lösung von Gesellschaftsproblemen interessiert sind, kommt der Diskussion keine grosse Bedeutung mehr zu ²²⁰. Zusätzlich hindern Mammut-Versammlungen die mündliche Beratung, womit auch die dritte Voraussetzung bei diesen Gesellschaften nicht gegeben ist ²²¹. Das plutokratische Element kann somit in grossen wie in kleinen Gesellschaften verwirklicht sein.

215 Weber-Dürler a.a.O. m.w.H.

216 Weber-Dürler a.a.O.

217 Weber-Dürler 60.

218 Weber-Dürler a.a.O.; Vgl. auch die Richtlinien der schweizerischen Bankiervereinigung von 1967, wo in Ziff. 2 festgehalten ist: "Vom Depotstimmrecht wird in der Regel im Sinne der Zustimmung zu den Anträgen der Verwaltung Gebrauch gemacht..." und dazu Tillmann 54 ff; sowie Schaad 118 ff. Diese Art der Stimmabgabe ist auch in den Richtlinien von 1980 festgehalten, jedoch nicht mehr als Faustregel, sondern als ständige Weisung des Kunden, vgl. ausführlich Tillmann 61 ff. Vgl. sodann Linhard H.: Wider das Depotstimmrecht der Banken, AG 3 (1958) 169ff und die Erwiderung dazu von Vallen-thin W., AG 3 (1958) 204ff sowie AG 4 (1959) 149ff.

219 Weber-Dürler 43. A.M. Bruderer, welcher für die AG generell die Erfüllung sämtlicher drei Voraussetzungen negiert (8f). Seiner Ansicht, dass den Aktionären die "vorpositiven, natürlichen oder bewusst angestrebten Bindungen, die Grundlagen einer Selbstorganisation bilden könnten" fehlen (9), kann aber nicht beigeipflichtet werden: Bei kleinen Familienaktiengesellschaften können diese Voraussetzungen durchaus gegeben sein.

220 Weber-Dürler 44; Jäggi, Abstimmungsverfahren 394; Mijalcovic 97.

221 Vgl. vorne RZ 32f.

58 **Zusammenfassend** ist daher festzuhalten, dass minimale ²²² Kopf-Anwesenheitsquoten die **Form der Versammlung** und damit die **demokratische Diskussion** ermöglichen ²²³. Von den tatsächlichen Verhältnissen bzw. dem jeweiligen Gesellschaftstypus und der Intensität des animus socii hängt es sodann ab, ob diese Gelegenheit auch wirklich genutzt wird ²²⁴. Bei der GV von Kleinaktiengesellschaften und im Verwaltungsrat dürfte der animus socii der Mitglieder eher vorhanden und Kopf-Präsenzquoten daher sinnvoller sein ²²⁵ als bei der Gesellschafterversammlung grosser Publikumsgesellschaften. Bei diesen können sich Präsenzquoten sogar negativ auswirken, indem desinteressierte Anlageaktionäre an den Versammlungen gar nicht teilnehmen und daher wichtige Rechtsveränderungen - selbst wenn sie unbestritten sind ²²⁶ - nicht durchgeführt bzw. beschlossen werden können ²²⁷.

2. **Sicherung der Repräsentanz und Stabilität der Beschlüsse durch gemischte Mehrheits- Präsenz-/Stimmenquoten**

59 Im Hinblick auf die **Abstimmung** ist die **Anwesenheit und Stimmabgabe möglichst vieler Aktionäre**, welche einen **möglichst grossen Teil des Grundkapitals vertreten**, bzw. **möglichst vieler Mitglieder des Verwaltungsrats** zu fordern:

*"Nachdem sich der Gesellschafter aufgrund der Informationen und Diskussion eine Meinung gebildet hat, erklärt er seinen Willen in der Abstimmung. ... Das demokratische Mehrheitsprinzip verlangt die möglichst vollständige Anwesenheit der Gesellschaftsglieder, da der Beschluss sich so weit als möglich mit dem Willen der Mehrheit der Gesellschafter decken sollte. Schlechte Beteiligung an der Gesellschafterversammlung führt leicht zu einem **verfälschten ...**, nicht repräsentativen Beschluss, das heisst, dass das durch die Abstimmung ermittelte Zahlenverhältnis von Ja- und Nein-Stimmen den tatsächlichen Meinungsverhältnissen nicht entspricht "... Je weniger Gesellschafter an der Versammlung teilnehmen, desto grösser wird*

222 Vgl. oben RZ 55.

223 Zur Problematik von Kopfquoten betreffend die "Mobilität" der Gesellschaft vgl. vorne RZ 29ff.

224 Vgl. Weber-Dürler 46.

225 Vgl. auch vorne RZ 58.

226 Vgl. dazu das illustrative Beispiel betreffend eine aus diesem Grund gescheiterte Vorlage der Bank Leu hinten § 7 RZ 202 FN 394.

227 Vgl. vorne § 1 RZ 84ff.

die Gefährdung von **Repräsentativität und Stabilität** ... Da die Kapitalgesellschaften eine "kapitaldemokratische" Struktur aufweisen, gilt entsprechend das Erfordernis der **möglichst grossen Kapitalbeteiligung**; doch spielt auch hier die personale Beteiligung eine gewisse Rolle ... Die Gesellschafterversammlung ist nämlich ein ausgesprochen personalistisches Element im Aufbau der Kapitalgesellschaften... So können sich an der Diskussion nur Gesellschafter und nicht Kapitalanteile beteiligen: Ein Kleinaktionär hat das gleiche Frage- und Diskussionsrecht wie der Mehrheitsaktionär. Aufgrund des stark personalistischen Einschlags der Versammlung ist ... auch für die Kapitalgesellschaften - nebst der grossen Kapitalbeteiligung - die Anwesenheit möglichst vieler Gesellschafter ... zu fordern. Andernfalls wäre die Versammlung als Beschlussfassungsform der Kapitalgesellschaft ihres Sinnes entleert" ²²⁸

60 Das **demokratische Prinzip der Versammlung** erfordert also für die Abstimmung grundsätzlich die Anwesenheit möglichst vieler Gesellschafter sowie eines möglichst grossen Teils des Grundkapitals ²²⁹.

61 "Erscheint beispielsweise regelmässig eine personell gleich zusammengesetzte Gruppe von zehn Prozent aller Gesellschafter, welche die gleichen Meinungsverhältnisse wie die Gesamtheit vertritt, so kann sich eine kleine Schar von wenigen Prozenten, die sonst nie erschienen ist, geschlossen in die Versammlung begeben und ihren Willen durchsetzen. Noch zufälliger sind die Beschlüsse, wenn gewöhnlich ein kleiner Prozentsatz in der Versammlung erscheint, der sich jedes Jahr aus anderen Mitgliedern zusammensetzt. Solche Beschlüsse verwehren der Gesellschaft die notwendige Stabilität, die nur durch das tragende Fundament einer grossen Zahl von Versammlungsteilnehmern garantiert wird" ²³⁰.

62 Damit ein Beschluss **repräsentativ** ist und die Interessen der Mehrheit der Mitglieder verkörpert, ist ebenfalls die Anwesenheit möglichst vieler Mitglieder und eines möglichst grossen Teils des Grundkapitals bei der Abstimmung zu fordern. Jedoch hängt die

228 Weber-Dürler 52ff m.w.H.; vgl. kritisch dazu Bruderer 9ff, welcher im Zusammenhang mit Kapitalgesellschaften die Anwendung des Demokratiebegriffs als verfehlt erachtet.

229 Weber-Dürler 64.

230 Weber-Dürler 53.

Repräsentativität weitgehend vom **Zufall** ab. Unter Umständen kann auch eine Minderheit von 5% der Gesellschafter, welche auch nur einen kleinen Prozentsatz des Grundkapitals vertritt, die gleiche Meinung haben wie die nicht teilnehmenden Mitglieder und daher repräsentative Beschlüsse fassen ²³¹.

- 63 Die gemischten Präsenz-/Stimmenquoten tragen wesentlich zur **Stabilität und Repräsentanz bei der Beschlussfassung** bei. ²³² Sie erfordern nicht nur die Anwesenheit eines Teils der Mitglieder bzw. des Grundkapitals, sondern zusätzlich deren **Zustimmung** zur entsprechenden Rechtsveränderung, zum gestellten Antrag ²³³. Jedoch ist zu beachten, dass wegen der zwingenden gesetzlichen Regelung des Stimmrechts in den OR 692 und 693 keine weiteren Präsenz-/Stimmenquoten in der Form von **Kopfquoten** statutarisch begründet werden können als die vom Gesetz vorgesehenen ²³⁴.

3. Sicherung des demokratischen Prinzips bei der Abstimmung durch Kopf-Stimmenquoten

- 64 Das **demokratische Prinzip** erfordert das **allgemeine und gleiche Stimmrecht aller Gesellschafter** ²³⁵. Auch die politische Willensbildung beruht auf dem allgemeinen und gleichen Stimmrecht ²³⁶.

- 65 Das **allgemeine Stimmrecht** in dem Sinn, dass jedem Gesellschafter mindestens eine Stimme zukommen soll, ist bei allen Körperschaften zwingend garantiert ²³⁷.

231 Weber-Dürler 52.

232 Vgl. Schaad 47.

233 Vgl. vorne § 1 RZ 30.

234 Vgl. OR 623 II, 646 I OR und vorne § 2 RZ 27.

235 Weber-Dürler 44; Mijalovic 19.

236 Bruderer 9.

237 Weber-Dürler a.a.O.; vgl. ZGB 67 I; OR 692 II, 808 IV, 885 und

66 Das **gleiche Stimmrecht** ist dann verwirklicht, wenn jedem Stimmberechtigten gleichviel Stimmkraft zukommen soll ²³⁸. Es ist im Genossenschaftsrecht ²³⁹ und im öffentlichen Recht zwingend verwirklicht, indem dort nach Köpfen abgestimmt wird ²⁴⁰.

67 Bei der GmbH und bei der Aktiengesellschaft ist das Stimmrecht in der GV jedoch grundsätzlich **nach Kapitaleinsatz** abgestuft ²⁴¹. Im Recht des **Verwaltungsrats** ist das gleiche Stimmrecht der Mitglieder dagegen zwingend garantiert ²⁴²

68 Die Ordnung des Stimmrechts erhält so ein **plutokratisches Element** ²⁴³. Da die Kapitalgesellschaften nebst dem plutokratischen Element **immer** ²⁴⁴ auch demokratische Strukturen aufweisen ²⁴⁵, spricht man von "Kapitaldemokratie", welche aber keinesfalls mit unserer heutigen Staatsform zu vergleichen ist ²⁴⁶.

69 In der Praxis kann die demokratische Struktur vollständig **verdrängt** werden: Die kapitaldemokratische Abstufung des Stimmrechts nach Kapitalanteilen, die Plutokratie wird dann - in staatswissenschaftlichen Begriffen ausgedrückt - zur **Aristokratie**, wenn ein kleiner Teil der Gesellschafter über die Mehrheit der Stimmen verfügt ²⁴⁷ und dann zur **Monarchie**, wenn ein einziger die Mehrheit der Stimmen erhält ²⁴⁸. Ebenso kann rechtlich das kapitaldemokratische Element durch Stimmrechtsaktien ²⁴⁹ ²⁵⁰ und durch Kopf-Stimmenquoten ausgehöhlt werden ²⁵¹.

238 Aehnlich Weber-Dürler 45.

239 Vgl. OR 885.

240 Bruderer a.a.O. sowie Mijalcovic a.a.O.

241 Vgl. OR 692 und 808 III.

242 Vgl. Bürgi Art. 711 N 14 und Art. 716 N 9, BGE 71 II 279.

243 Weber-Dürler 45; Bruderer 10 m.w.H.

244 Vgl. vorne § 2 RZ 22ff.

245 Vgl. vorne a.a.O.

246 Weber-Dürler 45 und die Nachweise bei Bruderer 6ff: Weber-Dürler weist aber nach, dass der Demokratiebegriff relativ ist, weil er selbst dann noch Geltung habe, wenn das allgemeine Stimmrecht nicht gewährleistet ist.

247 Mijalcovic 19; Weber-Dürler 46; Bruderer 10.

248 Weber-Dürler a.a.O.

249 Es herrschen dann nicht mehr das Kapital, sondern die Aktien, man könnte von "Aktien-demokratie" sprechen (vgl. aber Bruderer 8, welcher diesen Begriff in anderem Zusammenhang verwendet).

250 Vgl. OR 693.

251 Weber-Dürler 45, 46.

70 Die demokratische Struktur kann aber auch **gestärkt** werden und zwar einmal faktisch, wenn das **Kapital maximal gestreut ist**. Dann hat jeder Gesellschafter annähernd das gleiche Stimmrecht und die Demokratie ist trotz des plutokratischen Elements weitgehend verwirklicht ²⁵².

71 **Kopf-Stimmenquoren** sind jedoch im Recht der GV wegen der zwingenden gesetzlichen Regelung des Stimmrechts in den OR 692 I und 693 I OR im allgemeinen unzulässig. Diese Quorumsart bleibt daher auf ihre gesetzlichen Erscheinungsformen in OR 623 II und 646 I I ²⁵³ sowie in OR 635 III beschränkt, wobei diese Quoren gleichermassen Kopf- wie auch Aktienzahl- bzw. im Fall von OR 635 III Kapitalquoren sind ²⁵⁴. Einzig OR 638 II und E 629 II sowie die Verwaltungsratsquoren sind **echte** Kopfstimmenquoren ²⁵⁵.

III. ZUSAMMENFASSUNG UND RESULTAT

72 **Minderheitsquoren** dienen dem **Schutz von Minderheiten**. Sie laufen jedoch dem Prinzip der **Stabilität und der Repräsentativität** der Beschlüsse zuwider. Der Schutz der Minderheiten ist effizienter, wenn diese Quoren als **Anwesenheits- oder als Präsenz-/Stimmenquoren** normiert werden.

73 Das einfache oder das absolute **Mehrheitsprinzip** bei der Abstimmung ermöglicht die **Funktionsfähigkeit und Flexibilität auch von grossen Gesellschaften**. Dem Mehrheitsprinzip unterworfenen Entscheide kommen **beförderlich** zustande, ohne dass die Qualität der Beschlüsse beeinträchtigt sein muss. Mehrheits-Anwesenheitsquoren erschweren zwar wiederum die Entscheidungsfähigkeit von Grossgesellschaften, sie tragen aber zur **Stabilität und Repräsentativität der Beschlüsse** bei. **Risiko bzw. Verantwortlichkeit und Macht** stehen bei der Ausgestaltung als **Präsenz-Kapitalquorum** in einem "gesunden" Verhältnis zueinander.

252 Weber-Dürler 46.

253 Es handelt sich um gemischte Präsenz-/Stimmenquoren, vgl. § 2 RZ 12 und 27ff.

254 Vgl. vorne § 2 RZ 15, 18 und 27 sowie hinten § 7 RZ 38ff, 58ff und 95ff.

255 Vgl. vorne § 2 RZ 27 FN 71 und hinten § 7 RZ 87ff sowie § 8 RZ 34ff.

74 **Besonders qualifizierte Mehrheiten** schützen das Unternehmen vor **leichtfertigen Rechtsveränderungen** und **Zufallsentscheidungen**. Diesem Zweck dienen sie vor allem in der Form von Anwesenheitsquoren oder gemischten Stimmen- und Präsenzquoren. Letztere stellen auch die Repräsentativität und Stabilität der Beschlüsse sicher; für Grossgesellschaften sind sie aber ungeeignet, weil sie das Fassen selbst unbestrittener (positiver) Beschlüsse faktisch vereiteln können.

75 Die besonders qualifizierten Mehrheiten lassen jedoch gleichzeitig sog. **negative Minderheitenrechte** entstehen und dienen daher nicht nur dem Schutz der Gesellschaft, sondern auch dem Schutz von Minderheiten. Aktionäre mit einer **Sperrminorität** haben sodann die Möglichkeit, wichtige Rechtsveränderungen zu verunmöglichen. Deshalb können solche Quoren den Gesellschaftsinteressen zuwiderlaufen.

76 **Einstimmigkeitsquoren** dienen dem **Schutz des einzelnen Aktionärs bzw. Verwaltungsratsmitglieds**. Sie verhindern jedoch eine speditive und flexible Beschlussfassung. Ein einziger Aktionär kann mit einer minimalen Beteiligung Rechtsveränderungen ständig blockieren, desgleichen ein einziges Verwaltungsratsmitglied.

77 **Kopf-Anwesenheitsquoren** garantieren schliesslich das **Prinzip der Generalversammlung bzw. das der Personenbezogenheit des Verwaltungsrats**, und fördern grundsätzlich die **Diskussionsmöglichkeit**. Wiederum haben jedoch - bei Kopf-Mehrheits-Anwesenheitsquoren - einige wenige Organmitglieder die Möglichkeit, durch Abwesenheit die positive Beschlussfassung der Gesellschaft zu verunmöglichen.

78 **Kopf-Stimmenquoren** würden schliesslich das **demokratische Prinzip bei der Abstimmung** verwirklichen. Sie sind ausser dem im Gesetz erwähnten Fall für die Generalversammlung unzulässig, im Recht des Verwaltungsrats dagegen ausschliesslich anzuwenden ²⁵⁶.

256 Vgl. vorne § 2 RZ 60 und vorne RZ 67.

79 Vereinfachend kann festgehalten werden, dass **(Kopf-)Anwesenheitsquoren** und auch **gemischte Präsenz-/Stimmenquoren**

- die **Minderheit schützen**,²⁵⁷
- das **Prinzip der Versammlung garantieren**²⁵⁸,
- ein **angemessenes Verhältnis zwischen Risiko bzw. Verantwortlichkeit und Macht**²⁵⁹ sicherstellen,
- die **Diskussion ermöglichen**²⁶⁰,
- die **Repräsentativität und Stabilität der Beschlüsse garantieren**²⁶¹ und
- das Unternehmen vor **leichtfertigen Rechtsveränderungen schützen**²⁶²

80 Jedoch können sie in **Grossgesellschaften** mit Anleger-Aktionären die positive Beschlussfassung ständig verunmöglichen, weil die geforderte Anwesenheit wegen Desinteresses der Aktionäre auch bei unbestrittenen Traktanden nie zustandekommt²⁶³. Sie eignen sich also vor allem für die Beschlussfassung im **Verwaltungsrat** sowie für **Klein- und Familiengesellschaften**²⁶⁴.

81 **Stimmenquoren** ermöglichen dagegen eine **flexible und rasche Beschlussfassung** und eignen sich daher auch in erschwerender Form für **Grossgesellschaften**.

257 Insbesondere bei Ausgestaltung als Mehrheitsquorum bzw. als Minderheits-Präsenz-/Stimmen bzw. -Stimmenquorum, vgl. vorne RZ 29ff, 40ff.
 258 Insbesondere bei Ausgestaltung als Mehrheitsquorum, vgl. RZ 48ff.
 259 Insbesondere bei Ausgestaltung als Kapitalquorum bzw. als Kopfquorum, vgl. vorne RZ 5ff, 8ff.
 260 Insbesondere bei Ausgestaltung als Minderheitsquorum, vgl. vorne RZ 52ff.
 261 Insbesondere bei Ausgestaltung als Mehrheitsquorum, vgl. vorne RZ 59ff.
 262 Insbesondere bei Ausgestaltung als Mehrheitsquorum, vgl. vorne RZ 8ff.
 263 Vgl. vorne RZ 8ff.
 264 Vgl. vorne RZ 34, 47.

§ 4 BERECHNUNG DER QUOREN IM ZUSAMMENHANG MIT DEM AKTIENRECHTLICHEN BESCHLUSSFASSUNGSVERFAHREN

1 Zunächst wird ein summarischer **Ueberblick** über das aktienrechtliche Beschlussfassungsverfahren gegeben. Dabei steht das Recht der **Generalversammlung** im Vordergrund. Die Ausführungen gelten aber sinngemäss auch für das personenbezogene Beschlussfassungsverfahren im Verwaltungsrat ¹. Sodann ist die **Berechnung der Quoren** zu beleuchten, wobei hier entsprechend der Einteilung bei der Darstellung der Quorumsarten vorgegangen wird ².

I. GRUNDLAGEN FÜR DAS AKTIENRECHTLICHE BESCHLUSSFASSUNGSVERFAHREN

2 Die **Bedeutung** der Beschlussfassung, der Abstimmung und des Beschlusses ³ im Rahmen der körperschaftsrechtlichen Willensbildung wurde summarisch schon vorne dargestellt ⁴.

3 **Voraussetzung** für die Beschlussfassung im engeren Sinn, d.h. für die **Abstimmung**, ⁵ ist grundsätzlich ⁶ das Vorliegen eines **beschlussfähigen Organs** ⁷ und eines **Antrages** ⁸.

1 Vgl. dazu hinten § 8 RZ 16ff.

2 Vgl. dazu vorne § 2.

3 Zu diesen Begriffen vgl. vorne § 1 RZ 27ff und etwa Bruderer 18ff; Giroud 93ff; Schilling 257ff, 263 und Gauch/Schluep/Jäggi N 125; von Tuhr/Peter 145.

4 Vgl. vorne § 1 RZ 27ff.

5 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 28ff.

6 Bei den Einmanngesellschaften kann u.U. von gewissen Formalitäten abgesehen werden. vgl. Siegwart Art. 625 N 25 und Mielke 88. Vgl. auch vorne § 1 RZ 50ff.

7 Vgl. hinten § 7 RZ 5 ff und § 8 RZ 1ff.

8 Vgl. dazu OR und E 700 sowie vorne § 1 RZ 30 FN 68 und ausführlich Bianchi 1ff; von Steiger 194; Haeffliger 78ff und E; Geilinger 19, 125ff; Pinösch 38; Bürgi Art. 703 N 18; Funk Art. 703 N 1; Hensel 151; von Greyerz, Aktiengesellschaft 189, 191; Feldmann 15f; Rohrer 6 und Schett 63ff sowie BGE 103 II 143. Im Prinzip handelt es sich um Voraussetzungen für die Beschlussfassung selber, für die **Abstimmung** und nicht für deren Resultat welches - wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für das Verfahren nicht gegeben sind -, keinen Beschluss darstellt, vgl. den Wortlaut von OR 700 II und Geilinger 19; Hensel 151; Rohrer 6 Anm. 30; Mielke 116 Anm. 1 und F. von Steiger a.a.O. 205. Zur Antragsstellung im speziellen vgl. auch schon vorne § 1 RZ 30 FN 67 und Haeffliger 78ff; Zöllner 1ff.

II. PRÜFUNGSPFLICHTEN VOR DER GENERALVERSAMMLUNG UND VOR DEN EINZELNEN ABSTIMMUNGEN

1. Zuständiges Organ

4 Primär obliegt es der **Verwaltung**, die Geschäfte der Generalversammlung vorzubereiten und insbesondere die für die Prüfung der Stimmbee teiligung erforderlichen Anordnungen zu treffen⁹. Häufig werden der Vor sitzende der GV oder ein besonderes Prüfungsorgan mit der Kontrolle be traut^{10 11}. Zur Ermittlung der Stimmverhältnisse werden an der Versamm lung bei grossen Gesellschaften i.d.R. Hilfspersonen (Stimmenzähler) beige zogen¹². Die GV ist nicht das geeignete Organ für diese Vorbereitungs- und Kontrollaufgaben, da ihre Willensbildung sehr zeitraubend ist und sich häu fig das Problem der Interessenkollision stellt¹³. Der Prüfung des Stimm rechts kommt insofern lediglich formelle und nicht auch materielle Bedeu tung zu, als ein bestehendes Stimm- oder Vertretungsrecht nicht beseitigt und ein fehlendes Recht nicht begründet werden kann¹⁴. Der Versamm lungsleiter hat **leitende, nicht aber richterliche Funktionen**¹⁵.

2. Grundlage der Prüfung

5 Weil die **Aktienurkunde** zur Geltendmachung der darin verurkun deten Rechte unentbehrlich ist, kann sich der Aktionär grundsätzlich nur durch Vorlegung oder durch den Nachweis seines **Aktienbesitzes** oder eine schriftliche Vollmacht Zutritt zur Versammlung verschaffen¹⁶. Bei Namen aktien und Nameninterimsscheinen ist das **Aktienbuch** oder eine schriftliche Vollmacht massgebend¹⁷. "Mit der Vorlegung von Inhaberaktien wird auch eine behauptete Vertretungsbefugnis ausgewiesen, während diese Befugnis

⁹ Vgl. OR 722 II Ziff. 1 und OR 702.

¹⁰ Haefliger 26; Jäggi, Abstimmungsverfahren 317, 319.

¹¹ Bei Schweigen der Statuten ist ausschliesslich der Versammlungsleiter zuständig, Jäggi a.a.O. 320.

¹² Haefliger 63. Bei Schweigen der Statuten dürfen dies nur teilnahmeberechtigte Personen sein, Jäggi a.a.O. 316.

¹³ Haefliger a.a.O.; Jäggi a.a.O. 320.

¹⁴ Haefliger a.a.O.; Jäggi, Abstimmungsverfahren 319 m.w.H.; Schett 103.

¹⁵ Schett a.a.O.

¹⁶ Vgl. E 689a II; Haefliger 26f.

¹⁷ Vgl. E 689a I; Jäggi a.a.O. 317; Bürgi Art. 682 N 40.

bei den Namenaktien eigens ausgewiesen werden muss" ¹⁸. Gemäss OR 689 IV und E 689a II kann der Verwaltungsrat bei **Inhaberaktien** auch eine **andere Art des Besitznachweises** anordnen ¹⁹.

3. Gegenstand der Prüfung

6 **"Abstimmungen sind so durchzuführen, dass einzig die Berechtigten daran teilnehmen"** ²⁰. Es ist daher zu prüfen, wer im Zeitpunkt der GV Aktionär oder rechtmässiger Vertreter eines solchen und daher zutritts- und stimmberechtigt ist, welche Stimmkraft diese Stimmberechtigung umfasst ²¹ und ob Stimmrechtsbeschränkungen oder Stimmrechtsausschlüsse bestehen ²².

4. Zeitpunkt der Prüfung

a) Vorprüfung

7 An sich ist der **einzelne Abstimmungsakt** der massgebende Zeitpunkt für die Zutritts- und Stimmrechtsprüfung ²³. "Die Verwaltung dürfte z.B. verlangen, dass die Aktionäre die Inhaberaktien an die Versammlung mitbringen und bei jeder einzelnen Abstimmung vorweisen" ²⁴. Bei grösseren Gesellschaften wäre dieses Vorgehen jedoch äusserst schwerfällig und zeitraubend ²⁵. In der Praxis hat sich daher die Uebung eingebürgert, schon vor der Versammlung und ohne äusseren Zusammenhang mit ihr eine **Vorprüfung** durchzuführen ²⁶, wobei die Pflicht und das Recht der Verwaltung

18 Jäggi a.a.O.; vgl. auch E a.a.O.

19 Betreffend die Vertretung der Aktionäre vgl. OR 609ff und E 689b ff; vgl. Böckli, Aktienstimmrecht; Bürgi Art. 689 N 11ff und Tillmann sowie Schett 25ff; Haefliger 51ff und Schaad 60ff, 95ff.

20 Jäggi, Abstimmungsverfahren 317. Zur Teilnahme eines Nicht-Aktionärs vgl. insbesondere BGE 96 II 18, worin das Bundesgericht einen solchen Beschluss als anfechtbar bezeichnet, falls der unbefugte Teilnehmer den Beschluss überhaupt beeinflusst hätte.

21 "Die Zulassung zur GV ist eine unabdingbare Voraussetzung für die Teilnahme an der Abstimmung, während die Teilnahmeberechtigung die Ausübung des Stimmrechts nicht zwingend mitumfasst" Schett 98. Es können auch Gäste eingeladen werden, vgl. Haefliger 68.

22 Jäggi a.a.O.; Bürgi Art. 689 N 11ff; vgl. ausführlich dazu Haefliger 46ff und nachfolgend RZ 126ff.

23 Jäggi a.a.O.; Haefliger 27.

24 Jäggi a.a.O.

25 Jäggi a.a.O.

26 Jäggi a.a.O.; Haefliger a.a.O.; Schett 97.

zur Zutrittsprüfung die gleichen wie bei der Durchführung der Kontrolle unmittelbar vor der GV sind ²⁷. Es handelt sich um nichts anderes als um eine zeitliche **Vorwegnahme der Türkontrolle** ²⁸. Den Kern der Prüfung bildet die Abgabe eines Ausweispapiers, das entweder einzig zum Zutritt oder auch zur Stimmabgabe bzw. als Grundlage für die Ausgabe einer entsprechenden Legitimationskarte (Stimmkarte, Eintrittskarte) berechtigt ²⁹.

8 Bei **Inhaberaktien** darf diese Urkunde nur gegen **Vorlegung oder Hinterlegung der Aktien** ausgegeben werden ³⁰. Bei **Namenaktien** kann die Verwaltung dagegen den Ausweis den im **Aktienbuch** eingetragenen von sich aus zusenden oder anordnen, dass er nur auf Verlangen abgegeben wird ³¹.

b) Prüfung während der GV

9 Fragen über die Stimmberechtigung können auch unmittelbar während der GV auftreten. Gemäss OR 702 ist die **Verwaltung** auch hierfür zuständig, wobei sie diese Entscheidungsbefugnis wiederum auf den Vorsitzenden übertragen kann ³².

10 "Die Stimmkarten werden dem Aktionär entweder schon bei der Hinterlegung (Anmeldung) ausgehändigt, oder erst, wenn er sich bei der Eingangskontrolle meldet, um gegen Aushändigung einer Eintrittskarte (bzw. seiner Aktien) die Stimmkarten zu erhalten und sich in die Präsenzliste aufnehmen zu lassen" ³³. Die AG kann das Recht zum Bezug von Stimmrechtsausweisen wie auch die Vornahme der Zutrittsprüfung **befristen** ³⁴. Zur Erleichterung der Kontrolle wird häufig zu Beginn der Versammlung oder schon zu einem früheren Zeitpunkt eine **Liste der anwesenden Aktionäre** und der **Anzahl der von ihnen vertretenen Aktien erstellt** ³⁵. Diese sog. Präsenzliste dient der Beweissicherung und der

27 Haefliger a.a.O.

28 Haefliger a.a.O.

29 Jäggi a.a.O.; Haefliger a.a.O. 18ff und 27.

30 Jäggi a.a.O.

31 Zur Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens im einzelnen vgl. Jäggi, Abstimmungsverfahren 318ff und Haefliger 18ff, 27ff, 41ff, 61ff.

32 Schett 103; Jäggi a.a.O. 316, 319.

33 Haefliger 86.

34 Jäggi a.a.O. 320.

Ermittlung der Abstimmungsergebnisse ³⁶, weshalb sie immer auch über die **Stimmkraft** der Aktionäre Auskunft geben soll ³⁷. Sie erübrigt sich weitgehend, wenn mittels Stimmkarten abgestimmt wird ³⁸ und für die konkrete Abstimmung kein Präsenzquorum ³⁹ erforderlich ist. **Wer zu spät** erschienen ist und sich deshalb nicht gemeldet hat, **zählt grundsätzlich nicht**: "Falls es in der Einberufung mitgeteilt wurde, darf der Versammlungsleiter - frühestens zur Zeit des angesetzten Versammlungsbegins - die Zahl der vertretenen Stimmen verbindlich feststellen mit der Wirkung, dass später eintreffende Berechtigte für die ganze Dauer der Versammlung von der Ausübung des Stimmrechts ausgeschlossen bleiben" ⁴⁰ ⁴¹. Der Versammlungsleiter darf aber trotz Ansetzung einer solchen Frist Verspätete noch zulassen, wobei alle "Nachzügler" gleich zu behandeln sind ⁴². Angemeldete Aktionäre, welche nicht erschienen sind, müssen jedoch von der Präsenzliste gestrichen werden ⁴³.

11 Falls ein zugelassener Stimmberechtigter die Versammlung **vorzeitig verlässt**, so stellt sich die Frage, ob dies nach dem sog. "**Grundsatz der Einheit**" für die Gesamtzahl der vertretenen Stimmen unbeachtlich und seine Stimme dennoch als vertreten zu betrachten ist oder ob diese nach dem "**Grundsatz der Selbständigkeit der einzelnen Abstimmung**" von der Gesamtzahl der ursprünglich festgestellten Stimmen abzuzählen ist ⁴⁴. Der

35 Haefliger 69. Inhaberaktionäre müssen ihren Namen nicht bekanntgeben, können also nicht namentlich in die Liste aufgenommen werden. Die Errichtung einer Liste ist hier aber etwa aufgrund der Zuteilung von Nummern möglich, vgl. Weber-Dürler a.a.O. und Schett 41. "Für Namenaktien kann die Erstellung der Liste aufgrund der Anmeldungen erfolgen oder aber die vertretenen Aktionäre werden direkt im Aktienbuch "abgehakt", es sei denn, das Aktienbuch werde in Form einer Kartei geführt, ... in welchem Fall die Karten der nicht anwesenden Aktionäre einfach entfernt werden können." Haefliger a.a.O.

36 Vgl. zu ihrer Bedeutung im Subtraktionsverfahren hinten RZ 46ff.

37 Haefliger 69f.

38 Haefliger 70.

39 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 5ff.

40 Jäggi a.a.O.

41 A.M. Weber-Dürler 69, der dafür hält, dass Aktionäre bzw. deren Vertreter, welche erst nachträglich erscheinen, einen Anspruch darauf haben, noch in das Verzeichnis aufgenommen zu werden, damit dieses seinen Zweck erfülle. Bei grossen Gesellschaften mit gut frequentierten Generalversammlungen erscheint mir dieses Verfahren aber als unpraktikabel, obwohl diejenigen Aktienstimmen, welche den die GV verlassenden Aktionären oder Vertretern gehören, jeweils auch berücksichtigt werden und werden müssen, vgl. sogleich nachstehend RZ 11.

42 Jäggi a.a.O.

43 Weber-Dürler a.a.O.

44 Jäggi a.a.O. 321.

Grundsatz der Einheit beruht auf der Fiktion der Anwesenheit nicht Anwesender und widerspricht dem Wort "Versammlung" des Begriffs der GV, weil diese die Anwesenheit der Stimmenden voraussetzt⁴⁵ ⁴⁶. Sodann ist er nicht allgemein durchführbar, weil wegen der Prüfung der Stimmrechtsbeschränkungen und Stimmrechtsausschlüsse gewisse Stimmrechte z.T. ausfallen und die vertretenen Stimmen ohnehin eigens festgestellt werden müssten⁴⁷. Auch könnte dieser Grundsatz zu einer Beschlussunfähigkeit führen, wenn diejenigen Aktionäre, welche die Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen auf sich vereinigen, sich z.B. nur an einem bestimmten Beschluss beteiligen und sodann die Versammlung verlassen⁴⁸. Daher ist stets der Grundsatz der **Selbständigkeit der einzelnen Abstimmung** anzuwenden, welcher zusätzliche Prüfungsmassnahmen erfordert⁴⁹. Betreffend die Feststellung der vertretenen Stimmen genügt es, wenn von jedem, der den Versammlungsraum verlässt - falls er nicht einen in der GV verbleibenden Aktionär zu seiner Stimmabgabe bevollmächtigt und eine rechtsgültige Vollmacht vorliegt⁵⁰ -, der **Stimmrechtsausweis abverlangt wird**⁵¹ und der Stimmzähler dies dem Versammlungsleiter oder der zuständigen Organperson mitteilt. Die Präsenzliste muss daher **vor jeder Abstimmung überprüft, berichtigt und allenfalls ergänzt werden**⁵². Auch empfiehlt es sich, nach Beginn der GV den Zu- und Abgang nur durch einen einzigen Eingang zu zulassen⁵³.

45 Jäggi a.a.O.

46 Vgl. dazu auch vorne § 2 RZ 22.

47 Jäggi, Abstimmungsverfahren 321, vgl. dazu nachfolgend RZ 90ff.

48 Jäggi a.a.O.

49 Ebenso Haefliger 68ff.

50 Vgl. Zöllner 6.

51 Jäggi a.a.O.; vgl. auch Schett, welcher auf abweichende Meinungen hinweist, die eine Ab- und Anmeldepflicht für die Aktionäre zulassen (a.a.O. 114) und Haefliger 90.

52 Eine Ausnahme kann sich etwa in kleinen Gesellschaften ergeben, wo aufgrund der Tradition die Anzahl der Aktionäre sowie die Dauer ihres Verbleibens und die Stimmkraft der von ihnen vertretenen Aktien zum vorneherein bekannt ist.

53 Haefliger 90.

III. ABSTIMMUNG

1. Entscheid über die Abstimmungsart

12 Im Gesetz findet sich keine Regelung über das Abstimmungsverfahren, weshalb die **Statuten und allenfalls die Reglemente dieses frei festsetzen können** ⁵⁴. Enthalten diese keine Regelung, so kann der **Vorsitzende** die Art und Weise der Abstimmung bestimmen oder diesen Entscheid der Generalversammlung vorlegen ⁵⁵, welche ohne eine entsprechende Delegation durch den Versammlungsleiter dazu aber nicht berechtigt ist ⁵⁶. Dieser kann nach seinem Ermessen innerhalb der gesetzlichen Schranken ⁵⁷ endgültig über die Abstimmungsart befinden ⁵⁸.

2. Form der Stimmabgabe

a) Grundsatz

13 Obwohl der Aktionär **keinen Anspruch auf eine bestimmte Art der Abstimmung** hat ⁵⁹, ist grundsätzlich derjenige Abstimmungsmodus anzuwenden, welcher "eine möglichst **sichere und eindeutige Kenntlichmachung des materiellen Abstimmungsergebnisses**" ermöglicht ⁶⁰ und keine Zweifel über den Inhalt der Willensäußerung des einzelnen Mitgliedes zulässt ⁶¹. Kann das Resultat nicht einwandfrei festgestellt werden, so kann dies zu einer **Rechtsunsicherheit** an der Generalversammlung führen: Der Aktionär soll möglichst rasch und sicher wissen, ob ein Antrag angenommen wurde oder nicht, weil sein Recht zur Anfechtung der GV-Beschlüsse innerhalb von zwei Monaten nach dem Zeitpunkt, an welchem die Generalversammlung durchgeführt wurde, erlischt ⁶². "Die präzise Erfassung der Ja-

54 Vgl. OR und E 702ff und Schett 105; Jäggi, Abstimmungsverfahren 315; Hensel 153.

55 Jäggi a.a.O. 321; Haefliger 85; Hensel a.a.O.

56 Jäggi a.a.O. 322.

57 Zirkulationsbeschlüsse, Stimmabgabe auf dem Korrespondenzweg, Ersatz der GV durch Urnenabstimmung oder Delegiertenversammlung sind unzulässig, vgl. BGE 67 I 346; Bürgi Art. 698 N 12; Jäggi a.a.O. 315, ebenso u.U. die Subtraktionsmethode vgl. hinten RZ 46ff.

58 Schett 106; Haefliger 85.

59 Jäggi a.a.O. 322; Haefliger 85. A.M. Schett 105, welcher dem Aktionär ein Recht auf eine die Feststellung des Ergebnisses erlaubende Form der Abstimmung zubilligt.

60 Barz, zit. bei Schett 106; ebenso Haefliger 85; Geilinger 19.

61 Vgl. Hensel 153.

und Neinstimmen und ihre Niederschrift im Protokoll stellen eine unabdingbare Voraussetzung für jede spätere Anfechtung dar" ⁶³. Damit jeder Zweifel über den Inhalt der Willensäusserung des einzelnen Mitgliedes ausgeschlossen ist ⁶⁴, sind je nach Gesellschaftsgrösse und -typus andere Verfahrensarten anzuwenden:

b) Offene Abstimmung

14 Die offenen Abstimmungsarten (Abstimmung durch Stillschweigen ⁶⁵, Verzichten auf Widerspruch ⁶⁶, Beifall, Handaufheben) ⁶⁷ ⁶⁸ ⁶⁹, eignen sich vor allem für solche Gesellschaften, bei welchen die **Stimmkraft der einzelnen Aktionäre bekannt** ist, ferner, wenn ausnahmsweise nach **Köpfen** abgestimmt wird ⁷⁰, oder dann, wenn die Vorlage, welche zur Abstimmung steht, voraussichtlich **unbestritten** ⁷¹ oder wenn der **Wille der Versammlung deutlich ersichtlich** ist ⁷², wenn **sämtliche teilnehmenden Aktionäre einverstanden sind** ⁷³ ⁷⁴, oder **keinen Widerspruch** erheben. In **Publikumsgesellschaften** wird denn auch mit Ausnahme von Wahlen und umstrittenen Traktanden fast immer mit Handmehr abgestimmt ⁷⁵.

62 Vgl. OR 706 IV.

63 Schett 105.

64 Vgl. Hensel 153.

65 Vgl. dazu nachfolgend RZ 23ff.

66 Vgl. dazu nachfolgend RZ 23ff.

67 Dazu gehört u.U. auch die Urnenabstimmung, vgl. dazu hinten RZ 20.

68 Vgl. demgegenüber F. von Steiger, Aktiengesellschaft 194 und 234 Anm. 232 m.w.H., welcher eine stillschweigende Beschlussfassung als unzulässig erklärt, weil die für die Abstimmung erforderlichen Feststellungen, d.h. die Beschlussfähigkeit, Zustimmung und Ablehnung sonst nicht gemacht werden könnten. M.E. ist diese Abstimmungsart aber so lange zulässig, als nicht ein Aktionär dagegen Widerspruch erhebt. Es kann in diesem Fall angenommen werden, die Voraussetzungen für eine positive Beschlussfassung seien gegeben. Die (positive) Beschlussfähigkeit kann unabhängig davon vorher überprüft werden.

69 Mit dem "Handmehr" wird im öffentlichen Recht auch in den beiden Kantonen Appenzell abgestimmt, vgl. Kölz 62.

70 Vgl. vorne § 2 RZ 20ff.

71 Schett 106; Haefliger 85f; einschränkend Jäggi, Abstimmungsverfahren 321.

72 Landolt 175.

73 "Wäre dem nicht so, könnte man das wirkliche Abstimmungsergebnis gar nicht genau ermitteln und protokollieren." Schett 105.

74 M.E. ist - entgegen der Ansicht von Schett - auf die vertretenen und nicht auf sämtliche Aktionäre abzustellen.

75 Vgl. dazu aber nachfolgend RZ 35.

15 Wird aus der Versammlung jedoch gegen diese Abstimmungsart **Einspruch** erhoben, so muss diesem stattgegeben werden, weil in einem all-fälligen Anfechtungsprozess allenfalls unterstellt wird, die Verwendung dieses vereinfachten Verfahrens habe das Abstimmungsergebnis ausschlaggebend beeinflusst ⁷⁶. Grundsätzlich sollte der Vorsitzende daher nur in den vorn geschilderten Fällen auf diese "primitiven Abstimmungsarten" abstellen, selbst wenn feststeht, dass u.U. aufgrund der Depotstimmen die Annahme oder Verwerfung eines Antrages gesichert ist, ⁷⁷ "denn ein exaktes Abstimmungsergebnis kann Meinungsverschiedenheiten verhindern. Vor allem aber kann es der unterliegenden Partei gewisse unberechtigte Zweifel betreffend das einwandfreie Zustandekommen des Beschlusses nehmen" ⁷⁸. Nach Jäggi ist nur dasjenige Verfahren der offenen Abstimmung "stilrein", bei welchem die Stimme mündlich ("Ja", oder "Nein") bei einem Zähler abgegeben wird, welcher sowohl die Stimmabgabe als auch die Stimmkraft des Stimmenden schriftlich festhält ⁷⁹. M.E. sind aber auch die anderen offenen Abstimmungsarten ⁸⁰ jedenfalls dann ohne weiteres zulässig, wenn die oben erwähnten Voraussetzungen **kumulativ erfüllt sind oder wenn unbestrittene Traktanden** (z.B. Genehmigung des Protokolls) zur Abstimmung gestellt werden.

c) Geheime Abstimmung

aa) Begriff und Anwendungsbereich, Problematik

16 Die **völlig geheime**, d.h. **gegenüber der Gesellschaft** wie auch **gegenüber den Mitaktionären** geheime Abstimmung ist deshalb problematisch, weil bei Anfechtungsprozessen die **Stimmabgabe des Aktionärs** betreffend den angefochtenen Beschluss **nicht überprüft** werden kann ⁸¹. Das Anfechtungsrecht setzt aber nach BGE 74 II 43 voraus, dass der anfechtende Aktionär dem betreffenden Beschluss **nicht zugestimmt** und diesen auch nicht durch konkludentes Verhalten **gebilligt** hat.

⁷⁶ Haefliger 85.

⁷⁷ Vgl. dazu vorne § 3 RZ 56.

⁷⁸ Schett 106 Anm. 46.

⁷⁹ Jäggi 322; ähnlich Schett 106.

⁸⁰ Vgl. im einzelnen Haefliger 85ff.

⁸¹ Schett 107; Haefliger 88; Schucany, SAG 30, 261f.

17 Sodann ist der Gesellschaft der **Gegenbeweis** gemäss OR 691 III verunmöglicht ⁸². Wird dem Aktionär daher statutarisch das Recht auf geheime Stimmabgabe zugewilligt, so ist wohl nur dann davon auszugehen, dass damit die wirklich geheime Abstimmung gemeint ist, wenn gleichzeitig eine entsprechende Pflicht des Aktionärs normiert wird, seinen allfälligen Widerspruch zu GV-Beschlüssen zu Protokoll zu geben ⁸³. Für den widersprechenden Aktionär wird sodann zwar die Stimmabgabe (nicht aber in jedem Fall die Stimmkraft) offengelegt, jedoch kann er nur auf diese Art nachher von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen ⁸⁴. Die **Gesellschaft selber** begibt sich mit der Gewährung dieses Rechts auf vollkommen geheime Abstimmung aber **ohne Korrekturmöglichkeit ihrer Rechte aus OR 691 III**.

18 In den übrigen Fällen ist von der **"relativ", d.h. lediglich gegenüber den Mitaktionären geheimen Abstimmung** auszugehen ⁸⁵. Diese je nachdem "absolut" oder "relativ" geheime Abstimmung ⁸⁶ ist dann anzuordnen und sinnvoll, wenn durch die offene Abstimmung die **Freiheit der Entschliessung der Aktionäre in unzulässiger Weise beeinträchtigt oder unter Druck gestellt würde** ⁸⁷. Dies ist - weil hier die personellen Bindungen besonders stark sind ⁸⁸ - vor allem bei Wahlen, aber auch bei der Abberufung des Verwaltungsrats oder der Kontrollstelle oder auch bei der Beschlussfassung über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage ⁸⁹ der Fall, weshalb

82 Haefliger a.a.O.; Schucany a.a.O.

83 Vgl. dazu die Regelung des **deutschen Rechts** in § 245 Ziff. 1 (d)AktG, wonach der den Beschluss anfechtenden Aktionär seinen Widerspruch zu Protokoll geben muss. Auch wenn eine solche Regelung im schweizerischen Recht nicht vorhanden ist, so ist sie m.E. dennoch statutarisch einführbar, weil es sich nicht - wie Schucany a.a.O. anzunehmen scheint - um eine Pflicht des Aktionärs, sondern lediglich um eine **Obliegenheit** handelt, deren Nichterfüllung - analog der Mängelrüge beim Kauf - zwar nicht einklagbar ist, jedoch gewisse Rechtsnachteile nach sich zieht, nämlich u.U. den Verlust der Möglichkeit der Anfechtungsklage.

84 Der Ansicht von Schett (a.a.O. 107) und Schucany (a.a.O.) wonach wegen diesen Problemen die völlig geheime Abstimmung unzulässig ist, ist m.E. nicht zuzustimmen (ebenso Haefliger 88), da das Anfechtungsrecht mit den erwähnten Vorkehrungen nicht in Frage gestellt ist.

85 In den Statuten wird oft die **schriftliche Abstimmung** als Gegensatz zur offenen Abstimmung erwähnt, etwa in dem Sinne, dass die Abstimmung grundsätzlich offen ist, falls nicht eine bestimmte Anzahl Aktionäre die schriftliche Abstimmung verlangten. Auch in diesen Fällen ist wohl die "relativ", d.h. nur gegenüber den Mitaktionären geheime Abstimmung gemeint.

86 Vgl. sogleich RZ 19ff.

87 Schett 106f m.w.H.; Haefliger 88 m.w.H. in Anm. 36.

88 Haefliger 88.

89 Schett 107.

dort die relativ geheime Abstimmung üblich ist ⁹⁰. Rechtfertigen würde sich in diesen Fällen auch die völlig geheime Abstimmung, weil die Entscheidungsfreiheit auch dadurch beeinträchtigt sein kann, dass die Stimmverhältnisse vor der Gesellschaft selber, d.h. vor der Verwaltung oder auch ihrer Hilfspersonen (Stimmenzähler) offengelegt werden.

bb) Durchführung

19 Eine Abstimmung ist nur dann **völlig geheim**, wenn **neutrale und verstückelte Stimmkarten** verwendet werden, weil so auch aufgrund der Präsenzliste keine Rückschlüsse auf die Art der Stimmabgabe des einzelnen Aktionärs gezogen werden können ⁹¹. Der Stimmende muss also im Besitz **so vieler Stimmzettel sein, als er Stimmen vertritt** ⁹². Erhält der Aktionär lediglich einen Stimmzettel, auf welchem seine Stimmkraft vom Prüfenden vermerkt wurde, so ist die Abstimmung lediglich "relativ" geheim, weil der Stimmenzähler beim Vergleich der Abstimmungszettel mit der im Teilnehmerverzeichnis ausgewiesenen Stimmkraft die Person des Aktionärs - zumindest in kleinen Verhältnissen - nur unschwer ermitteln kann, sofern nicht zufällig mehrere Teilnehmer gleich viele Stimmen besitzen ⁹³. Gleich verhält es sich bei der Verwendung numerierter Stimmkarten. Auch bei der Aufstellung neutraler Stimmurnen kann der Stimmenzähler aufgrund der Aufzeichnung der Stimmrechte Rückschlüsse auf die Person des Stimmenden ziehen, weshalb es sich hier wiederum nur um eine relativ geheime Abstimmung handelt ⁹⁴.

20 Im Prinzip **offen** ist aber diejenige Abstimmungsart, bei welcher zwar Stimmkarten verteilt werden, diese jedoch in Stimmurnen, die mit "Ja" oder "Nein" bezeichnet sind, einzuwerfen sind. Hier erfolgt weder gegenüber den Mitaktionären, noch gegenüber der Verwaltung eine Geheimhal-

⁹⁰ Schett 107; Bürgi, Art. 703 N 10; Brunner 76.

⁹¹ Haefliger 88. Der Aktionär muss ja nicht mit seinem ganzen Aktienpaket einheitlich stimmen, vgl. Mielke 66ff; u.U. hat er sogar die Pflicht, unterschiedlich zu stimmen, vgl. Haefliger 87; Schucany, SAG 30, 259ff. Mit der Verteilung verstückelter Stimmkarten wird ihm gerade die Möglichkeit der divergierenden Stimmabgabe gegeben. Daher sind die Rückschlüsse auf die Person des Stimmenden in diesem Fall nicht aussagekräftig.

⁹² Schett 107.

⁹³ Schett a.a.O.; Jäggi a.a.O. 322.

⁹⁴ Haefliger 87.

tung der Stimmkraft oder des Votums ⁹⁵. Es handelt sich lediglich um eine Unterart der **schriftlichen** Abstimmung ⁹⁶.

3. Auslegung der Stimmabgaben

21 Es ist im Zweifel eine **Auslegungsfrage**, ob die für einen positiven Beschluss vom Quorum geforderte Anzahl von übereinstimmenden, den Antrag annehmenden Willensäusserungen vorliegt ⁹⁷. Massgebend ist grundsätzlich das **Vertrauensprinzip**, wonach empfangsbedürftige Willenserklärungen so auszulegen sind, wie ihr Empfänger sie als vernünftiger und korrekter Mensch in guten Treuen verstehen durfte und verstehen musste ⁹⁸.

22 **Eindeutig** und damit **nicht auslegungsbedürftig** ⁹⁹ sind diejenigen Willenskundgaben, welche keinen Zweifel an ihrem Inhalt offenlassen, also etwa diejenigen, welche mittels Handerheben, Zuruf, Aufstehen, Mitteilung an den Stimmenzähler oder Abgabe einer ausgefüllten oder leeren Stimmkarte erfolgen.

23 **Nicht eindeutig** und daher **auslegungsbedürftig** ist dagegen u.U. das Verhalten eines anwesenden, aber passiven, z.B. Zeitung lesenden Aktionärs ¹⁰⁰, d.h. die **Abstimmung durch Stillschweigen**. Grundsätzlich hat der Aktionär eine **rechtliche Wertung** seines Verhaltens an der Generalversammlung zu dulden, denn "... der Aktionär, der an der GV teilnimmt, gibt zu erkennen, dass er in irgendeiner Weise an den Abstimmungen teilnehmen will: er kann nicht gleichzeitig an der GV erscheinen und erklären, er wolle

95 Haefliger a.a.O.

96 Vgl. vorne FN 83 bei RZ 18.

97 Vgl. von Tuhr/Peter, 189 FN 64.

98 Vgl. dazu Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip und Schönenberger/Jäggi, N 75ff und 169ff zu OR 1 sowie auch von Tuhr/Peter, 289; Bucher 104f; Gauch/Schlupe/Jäggi I, N 188ff; Guhl/Merz/Kummer 91; BGE 105 II 18 und 25f, 101 Ia 43, 93 I 511 u.v.a. Das Vertrauensprinzip beantwortet nämlich nicht nur die Frage nach dem Erklärungscharakter eines bestimmten Verhaltens, sondern auch diejenige nach der Erklärungsrichtung und dem Erklärungsinhalt, vgl. Gauch/Schlupe/Jäggi I N 189.

99 Für die Auslegung nach Vertrauensprinzip bleibt nämlich kein Raum, wenn feststeht, dass der Empfänger die Erklärung tatsächlich so verstanden hat, wie sie vom Erklärenden gemeint war (BGE 105 II 19f; Gauch/Schlupe/Jäggi I N 196; E. E. Ott, Gedanken zu Art. 1 ZGB und seiner Anwendung in der Bundesgerichtspraxis, SJZ 83 (1987) 193ff. was bei den hier erwähnten Arten der Willenskundgabe i.d.R. der Fall ist (der Versammlungsleiter teilt ja vorgängig mit, welche Bedeutung diesen Verhaltensweisen zukommt vgl. aber sogleich RZ 23).

100 Vgl. Gauch/Schlupe/Jäggi a.a.O. N 189.

nicht teilnehmen. In diesem Fall soll er nicht als Aktionär erscheinen, sondern als bloss Anwesender und er soll sich bei den Abstimmungen, die ihn nicht interessieren, aus dem Versammlungsraum entfernen. Sonst muss er dulden, dass seine Anwesenheit als Teilnahme an der Abstimmung gewertet wird" ¹⁰¹. Der Versammlungsleiter legt nämlich zwingend fest, auf welche Art die Aktionäre ihre Stimmen abzugeben haben ¹⁰² ¹⁰³. Er bestimmt damit den Zeitpunkt und die Art, wie sich die Aktionäre verhalten müssen, damit ihr Benehmen als Ja-Stimme, als Nein-Stimme oder als Stimmenthaltung gedeutet wird: ¹⁰⁴ "Eine vierte Möglichkeit des Verhaltens an der GV gibt es nicht" ¹⁰⁵ ¹⁰⁶.

24 Wie das **Schweigen eines Versammlungsmitgliedes** auszulegen und damit rechtlich zu qualifizieren ist, ist eine Frage, die nach dem Vertrauensprinzip ¹⁰⁷ und daher je nach den konkreten Umständen anders zu beantworten ist. Auszugehen ist vom römischrechtlichen Grundsatz "**Qui tacet consentire videtur ubi loqui potuit ac debuit**" (Wer schweigt, der scheint zuzustimmen, dort, wo er reden könnte oder müsste), welcher seine Stütze in OR 6 findet, wo bestimmt wird: "Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird" ¹⁰⁸. Vgl. dazu BGE 30 II 301f E 3: "Richtig ist allerdings, dass Stillschweigen an und für sich weder im allgemeinen noch speziell im Handelsverkehr von vornherein und ohne Hinzukommen anderer Momente als Einwilligung zu interpretieren ist. ... Allein ebenso richtig ist, dass **Schweigen dann als Zustimmung** gilt, wenn **Redlichkeit oder praktische Vernunft einen Widerspruch gefordert hätten**, falls das scheinbare Einverständnis in Wirklichkeit nicht bestand." Diese

¹⁰¹ Haefliger 90; a.M. Horn 370 und RGZ 106, 263.

¹⁰² Haefliger a.a.O.

¹⁰³ Vgl. vorne RZ 12.

¹⁰⁴ Vgl. aber hinten RZ 37ff.

¹⁰⁵ Haefliger 90.

¹⁰⁶ Dazu ist freilich folgendes zu präzisieren: Wenn es auf die Anzahl der **abgegebenen** (nicht der vertretenen) Stimmen ankommt, ist zu differenzieren zwischen **Nichtmitwirkung am (positiven) Beschluss** einerseits und **Abgabe einer Leerstimme** andererseits. Während die Stimme des Nichtmitwirkenden nicht zu beachten ist, ist diejenige des ausdrücklich Stimmenthaltung erklärenden für die Berechnung mitzuzählen, vgl. dazu BGE 51 II 69.

¹⁰⁷ Vgl. vorne RZ 21.

¹⁰⁸ Vgl. dazu von Tuhr/Peter, 188f und Schulthess 63; Schucany zu Art. 716 OR; Bürgi Art. 716 N 15; Funk Art. 716 N 2.

Regelung gilt gemäss der Verweisung von ZGB 7 - mutatis mutandis - auch im Beschlussrecht ¹⁰⁹, obwohl sich hier mehr als zwei Parteien gegenüberstehen und ihre Stimmenthaltung oder Nein-Stimme - im Gegensatz zum Vertragsrecht - nicht notwendigerweise dazu führt, dass sie durch den Beschluss nicht gebunden werden ¹¹⁰. "Die Unterschiede im Vorgang der Willensbildung zwischen der juristischen und der natürlichen Person rechtfertigen also keine unterschiedliche Behandlung ihrer Willenserklärungen (Realitätstheorie)" ¹¹¹. Es gilt also auch hier die Regel, dass Stillschweigen grundsätzlich **keine Annahme bedeutet**, weil eine solche i.d.R. **ausdrücklich** zu erklären ist ¹¹², falls nicht wegen der besonderen Natur des Geschäfts oder wegen anderen Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist.

25 Ein **Annahmewille** kann nach h.L. und Rechtsprechung daher nur ausnahmsweise in **besonderen Fällen** fingiert werden, so u.a.

26 bei den Oblaten ausschliesslich **begünstigenden Verträgen** (Schenkung, Bürgschaft, Zession etc),
 - bei Bestehen eines **Vertrauensverhältnisses** aufgrund von **Geschäftsverbindungen** ¹¹³.

27 Die **Androhung**, dem Schweigen auf eine Offerte werde die Bedeutung einer **Annahme** beigemessen, kommt allein jedoch keine Bedeutung zu ¹¹⁴ ¹¹⁵.

28 Es ist also auch im Beschlussrecht der AG jeweils zu prüfen, ob **besondere Umstände** vorliegen, welche das Schweigen eines oder aller Versammlungsteilnehmer als Befürwortung eines Antrags erscheinen lassen, ansonsten dieses Verhalten als **Stimmenthaltung** zu qualifizieren ist ¹¹⁶.

109 Haefliger 111f; Feldmann 25f; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 260f; BGE 51 II 70.

110 Vgl. dazu Bucher 115 und Gauch/Schlupe/Jäggi I N 125f.

111 Haefliger 112.

112 Bucher a.a.O.; Guhl/Merz/Kummer 98; von Tuhr/Peter a.a.O.

113 Vgl. Bucher 115ff; von Tuhr/Peter 188f; Guhl/Merz/Kummer a.a.O.

114 Von Tuhr/Peter 188.

115 Auch die Nichtbeantwortung einer Offerte, zu der nicht Stellung genommen werden muss, wird weder als Zustimmung, noch als Ablehnung, sondern als "Nicht-Willensäusserung" und damit quasi als "Stimmenthaltung" gewertet, vgl. Bucher 115.

116 A.M. Stauber 69 und F. von Steiger, Aktiengesellschaft 234 sowie Kübler 192, welche die stillschweigende Beschlussfassung **gänzlich ablehnen**.

29 Solche **besonderen Umstände** können im **Recht der Generalversammlung und des Verwaltungsrats** etwa folgende sein:

30 **Kleiner, überschaubarer und konstanter Teilnehmerkreis und vorgängige Eröffnung der Diskussion** ("Ist jemand dagegen", "möchte sich jemand äussern", "bestehen keine Gegenargumente"?), wobei schon anlässlich dieser niemand reagiert bzw. sich niemand gegen den gestellten Antrag äussert. Schweigen kann daher auch im Recht des Verwaltungsrats gemäss OR 716 betreffend die Beschlussfassung auf dem Zirkularweg als Zustimmung gewertet werden ¹¹⁷.

31 **Routinetraktanden (Protokollabnahme, Wahl von Stimmenzählern)** auch bei grösseren Versammlungen, Fragestellung wie oben.

32 **Die Mitglieder ausschliesslich begünstigende Anträge** (Ausschüttung einer Zusatzdividende).

33 In diesen Fällen, wo sich entweder die Willensbildung im kleinen Kreis "personenbezogen" vollzieht, und erfahrungsgemäss anzunehmen ist, dass sich die Gegner zum Wort melden und ihr allfälliges Unbehagen mitteilen ¹¹⁸, so dass die Akzeptierung oder Verwerfung eines Antrags jeweils schon vor der Abstimmung feststeht, oder im Fall, wo über Routinetraktanden mit geringer Bedeutung entschieden wird bzw. bei die Mitglieder begünstigenden Anträgen kann, falls statutarisch nicht eine bestimmte Art der Abstimmung (z.B. schriftliche Abstimmung) vorgesehen ist, das Schweigen eines oder aller Mitglieder aufgrund der "Umstände" bzw. der "besonderen Natur des Geschäftes" als Zustimmung gewertet werden.

34 Es ist aber zu betonen, dass es sich bei den hier geschilderten "Umständen" **nicht um Regelfälle** handelt, bei welchen das Schweigen der Versammlungsteilnehmer immer eindeutig als "Ja"- (eventuell - je nach der konkreten Antragsstellung auch einmal als "Nein)-Stimme ¹¹⁹ zu werten ist. Es

117 Vgl. hinten § 8 RZ 34ff.

118 Hier ist die Voraussetzung gemäss BGE 30 II 301f. E 3 gegeben, weil hier die "Redlichkeit" oder die "praktische Vernunft" einen Widerspruch gefordert hätten, "falls das scheinbare Einverständnis in Wirklichkeit nicht bestand" vgl. vorne RZ 24.

119 Wenn der Antrag entsprechend formuliert ist, indem ein Ablehnungsantrag gestellt wird.

handelt sich lediglich um **Anhaltspunkte** für das Vorliegen von "Umständen" im Sinne von OR 6. Weil sich das richtige Verständnis von OR 6 ohnehin nur in Verbindung mit dem Vertrauensprinzip ergibt ¹²⁰, ist als Regel höchstens festzuhalten, dass **Stillschweigen auf eine Offerte dann als Ja-Stimme gewertet werden kann, "wenn der Offerent in guten Treuen der Ueberzeugung sein darf, der Empfänger habe den Zustimmungswillen und würde andernfalls widersprechen und der Empfänger sich gleichzeitig darüber Rechenschaft zu geben vermag, dass der Offerent sein Schweigen als Zustimmung ansieht"** ¹²¹. Der Erklärung des Vorsitzenden, Stimmenthaltungen würden als Zustimmung gewertet, kommt daher allein keine Bedeutung zu ¹²², sondern erst, wenn zusätzlich noch die erwähnten Umstände vorliegen. Dadurch wird auch seine Kompetenz, die Wertung des Verhaltens der Teilnehmer bzw. die Auslegung ihrer Willenserklärungen vor der Abstimmung festzulegen, **eingeschränkt** ¹²³.

35 Auch wenn die vorn geschilderten Umstände bei der Beschlussfassung vorliegen, kann sich daher im Einzelfall aufgrund des Vertrauensprinzips eine **andere Auslegung** aufdrängen oder kann das Stillschweigen der Mitglieder auch in grossen Gesellschaften mit wechselndem, anonymen Teilnehmerkreis einmal als Zustimmung qualifiziert werden. Bei den für Gesellschaft und Mitglieder sehr **bedeutenden Beschlüssen** der Generalversammlung (Wahlen, Bilanzabnahme) ¹²⁴, sind jedoch wegen deren Tragweite erhöhte Anforderungen an die stillschweigende positive Beschlussfassung zu stellen, wogegen dies für den i.d.R. mit wenigen Personen und konstantem Mitgliederkreis besetzten Verwaltungsrat nicht unbedingt zutrifft. ¹²⁵

36 Die Auslegung nach Vertrauensprinzip klärt also vorerst quasi als **"erste Stufe"** in unklaren Fällen die Frage, ob und mit welchem Inhalt eine Willenserklärung eines Versammlungsteilnehmers abgegeben wurde, ob dieser also eine "Ja"-, eine "Nein"-Stimme abgegeben oder Stimmenthaltung er-

Die Fragestellung kann lauten "sind alle dagegen?" oder "sind alle einverstanden?" (mit der Ablehnung)., Wenn hier also von "Zustimmung" die Rede ist, so ist damit die Zustimmung zum Antrag der Verwaltung gemeint, unabhängig davon, ob dieser positiv oder negativ gestellt ist.

120 Guhl/Merz/Kummer 98; von Tuhr/Peter 189.

121 Guhl/Merz/Kummer a.a.O.

122 Vgl. vorne RZ 23f.

123 Vgl. vorne a.a.O.

124 Vgl. OR 698 I Ziff. 2 und 3.

125 Vgl. insbesondere zu den Zirkulationsbeschlüssen hinten § 8 RZ 19ff., 34ff.

klärt hat. Stillschweigen bzw. - bei Abstellen auf sämtliche Stimmen u.U. auch Nichterscheinen ¹²⁶ - ist dabei grundsätzlich als Nichtteilnahme ¹²⁷, Stimmenthaltung oder Nein-Stimme ¹²⁸ und nur in Ausnahmefällen als Zustimmung zu werten ¹²⁹; Es ist im Gegenteil davon auszugehen, dass ein Aktionär, welcher sich **nicht rührt**, und sich sogar überhaupt nicht für die Diskussion interessiert und z.B. Zeitung liest, den Willen äussert, **es sei ihm gleichgültig, ob die beantragte Rechtsveränderung eintrete, jedenfalls wolle er nicht zu ihrem Entstehen beitragen**. Nur dann, wenn diese Auslegung seines Verhaltens aufgrund besonderer Umstände auszuschliessen ist ¹³⁰, kann daher das Verhalten sich nicht eindeutig ¹³¹ äussernder Aktionäre als Ja-Stimme gewertet werden ¹³².

37 In gewissen Fällen qualifizieren nun auch die **Quorumsbestimmungen selber** das Verhalten der Mitglieder der Gesellschaft. Es handelt sich dabei aber quasi um eine "**zweite Stufe**", indem zunächst tatsächlich festzustellen ist, **welchen** Willen die Mitglieder bekundet haben und sodann anhand der Quorumsbestimmungen **dieser festgestellte Wille** zusätzlich rechtlich **neubewertet** und u.U. **anders qualifiziert** wird. Es handelt sich im speziellen um die rechtliche Qualifizierung von **Stimmenthaltungen**. Dazu einige Beispiele:

38 Beim Abstellen auf das **absolute Mehr** ¹³³ der **abgegebenen Stimmen** ¹³⁴ fallen einmal die Stimmen derjenigen Aktionäre, welche sich nicht rühren bzw. nicht erscheinen, ausser Betracht. Sie zählen nicht zur Berechnungsgrundlage ¹³⁵, nehmen nicht an der Abstimmung teil ¹³⁶. Diejenigen Aktionäre, welche eine Leerstimme einle-

126 Falls ein Aktionär an der Versammlung nicht teilnimmt, so kann dieses Verhalten strenggenommen auch nicht "ausgelegt" werden, da für die Versammlungsleitung zuwenig Anhaltspunkte zur Qualifikation vorliegen. Es ist daher schon mehr eine "rechtliche Zuordnung" in der Qualifikation dieses Verhaltens als Stimmenthaltung als eine Auslegung.

127 Vgl. vorne RN 105 bei RZ 23.

128 Vgl. hinten RZ 88ff.

129 Vgl. vorne RZ 25ff.

130 Vgl. dazu vorne a.a.O. und hinten RZ 46ff.

131 Vgl. dazu vorne RZ 23ff.

132 Auch nur unter diesen Umständen können Minuend wie Subtrahend zweifelsfrei erschlossen werden, vgl. hinten RZ 47ff.

133 Vgl. vorne § 2 RZ 42ff und hinten RZ 81ff.

134 Vgl. vorne § 2 RZ 57ff.

135 Vgl. hinten RZ 88ff.

136 Vgl. vorne FN 106 bei RZ 23.

- gen, erklären Stimmenthaltung ¹³⁷. Das Quorum der absoluten Mehrheit der abgegebenen Stimmen qualifiziert diese Stimmenthaltungen nun nachträglich als "Nein"-Stimmen. ¹³⁸ Wird lediglich auf die abgegebenen "Ja" und "Nein"-Stimmen abgestellt, so zählt jedes "andere" Verhalten nicht zur Berechnungsgrundlage. ¹³⁹
- 39 Beim Abstellen auf das **absolute Mehr** ¹⁴⁰ der **vertretenen Stimmen** ¹⁴¹ erklären wiederum die eine leere Stimme einlegenden sowie auch die keine Stimme abgebenden Aktionäre grundsätzlich Stimmenthaltung (falls sich bei den letzteren aufgrund der Auslegung nicht etwas anderes ergibt) ¹⁴². Das Abstellen auf die absolute Mehrheit der vertretenen Stimmen ¹⁴³ führt nun wiederum dazu, dass sämtliche Stimmenthaltungen als Nein-Stimmen zu werten sind. Nicht in Betracht fallen hier die nicht erscheinenden Aktionäre, weil deren Aktien nicht zur Bemessungsgrundlage zu zählen sind.
- 40 Beim Abstellen auf **sämtliche Stimmen** und auf das **absolute Mehr** ¹⁴⁴ erklären die eine leere Stimme einlegenden Aktionäre und die keine Stimme abgebenden sowie die nicht erscheinenden Aktionäre grundsätzlich **Stimmenthaltung** ¹⁴⁵. Das Abstellen auf die absolute Mehrheit sämtlicher Stimmen führt nun dazu, dass sämtliche Stimmenthaltungen als Nein-Stimmen gewertet werden.
- 41 Bei Abstellen auf das **relative Mehr** ¹⁴⁶ ist die Bemessungsgrundlage jeweils nur die Summe der erklärten Ja- und Neinstimmen ¹⁴⁷,

137 Vgl. vorne a.a.O.

138 Wäre dem nicht so, so wären konsequenterweise die "Stimmenthaltungs-Stimmen", welche weder für noch gegen einen Antrag oder - positiv - ebenso für wie gegen einen Antrag votieren, entweder zur Hälfte den befürwortenden und zur anderen Hälfte den ablehnenden zu zählen, oder sie wären je mit der Hälfte der Stimme von den "Ja"- und den "Nein"-Stimmen abzuzählen. Vgl. hinten a.a.O.

139 Vgl. die Tabelle hinten RZ 93.

140 Vgl. vorne § 2 RZ 42ff.

141 Vgl. hinten RZ 88ff.

142 Vgl. vorne RZ 21ff.

143 Vgl. OR 703 OR.

144 Vgl. vorne § 2 RZ 42ff.

145 Vgl. hinten RZ 88ff.

146 Vgl. vorne § 2 RZ 36ff.

147 Vgl. hinten RZ 88ff.

unabhängig davon, ob auf die abgegebenen, die vertretenen oder sämtliche Stimmen abgestellt wird. Diejenigen Stimmen, welche einen Antrag nicht ausdrücklich befürworten oder ablehnen bzw. nicht aufgrund einer Auslegung einer dieser zwei Ansichten zugeordnet werden können ¹⁴⁸ und welche daher Stimmenthaltung erklären ¹⁴⁹, werden hier **nicht** rechtlich qualifiziert.

42 Es bleibt also stets dabei, dass der Aktionär einen Antrag lediglich befürworten, ablehnen, oder sich der Stimme enthalten kann. Beim Abstellen auf die abgegebenen Stimmen kann er zusätzlich an der Abstimmung **nicht teilnehmen** ¹⁵⁰. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Willensäußerung des Aktionärs an der GV grundsätzlich nach dem **Vertrauensprinzip** und im **Zweifel** eher als **Stimmenthaltung** bzw. Nein-Stimme oder Nichtteilnahme auszulegen ist, falls nicht besondere **Umstände eine andere Auslegung erlauben**. Lediglich in diesem Fall kann der Versammlungsleiter bestimmen, Stillschweigen würde als Ja-Stimme gewertet. Quorumsbestimmungen legen in einer **zweiten Stufe** fest, **wie die Stimmenthaltungen rechtlich zu werten sind** ¹⁵¹.

IV. BERECHNUNG DES ERGEBNISSES

1. Allgemeines

43 Jede Abstimmung endet damit, dass ihr **Ergebnis ermittelt** wird ¹⁵². Die Ermittlung umfasst die Feststellung des Inhalts der Stimmabgaben ¹⁵³, deren Auszählung ¹⁵⁴ sowie die Feststellung des durch die Abstimmung gebildeten Gesamtwillens ¹⁵⁵. Dem Vorsitzenden, welcher die Art der Ergebnisermittlung bestimmt ¹⁵⁶, ist es bei grossen Gesellschaften nicht möglich, die Stimmen selber zu zählen, weshalb er Stimmenzähler beiziehen

148 Vgl. vorne RZ 21ff.

149 Vgl. vorne RZ 37ff.

150 Vgl. vorne FN 106 bei RZ 23.

151 Vgl. vorne RZ 37ff.

152 Vgl. dazu vorne RZ 37ff.

153 Vgl. vorne § 1 RZ 84ff.

154 Vgl. nachfolgend RZ 45ff.

155 Vgl. Jäggi, Abstimmungsverfahren 322.

156 Vgl. vorne RZ 12.

kann¹⁵⁷ ¹⁵⁸. Diese werden den Aktionären mit Vorteil zu Beginn der Versammlung vorgestellt, damit deren Vertrauen in die Ordnungsmässigkeit der Verhandlung gestärkt wird¹⁵⁹. Der Vorsitzende ist an die Zählung der Stimmenzähler nicht gebunden. Er und allenfalls auch der anwesende Notar sollten diese beaufsichtigen, wodurch die Beweiskraft der Ergebnisse erhöht werden kann¹⁶⁰.

44 Die Auszählung kann von **Hand** erfolgen¹⁶¹. Bei grösseren Teilnehmerzahlen empfiehlt sich eine maschinelle Auswertung, wobei Stimm- und Lochkarten ihrerseits die Dauer der Ergebnisermittlung wesentlich verkürzen¹⁶². Z.T. werden datenverarbeitende Anlagen eingesetzt¹⁶³.

2. Additionsmethode

45 Dieses Verfahren ist die **gebräuchlichste Art**, das Abstimmungsergebnis zu ermitteln¹⁶⁴. Es werden die Ja- und die Nein-Stimmen gesondert addiert und einander gegenübergestellt¹⁶⁵. Stimmenthaltungen sind je nach Art des anzuwendenden Quorums allenfalls bei der Bemessungsgrundlage zu berücksichtigen¹⁶⁶ und als "Nein"-Stimmen zu zählen¹⁶⁷.

3. Subtraktionsmethode

46 "Gerade im Zusammenhang mit dem Problem des **Zeitaufwands für die Abstimmung**" und damit vor allem für grosse Gesellschaften "gewinnt die Frage an besonderer Bedeutung, ob die Abstimmung im Wege des sogenannten **Subtraktionsverfahrens** zulässig ist"¹⁶⁸ ¹⁶⁹. Diese Methode ist "bezüglich der Raschheit der Feststellung des Ausgangs der Abstimmung

¹⁵⁷ Vgl. vorne RZ 4ff.

¹⁵⁸ "... deren Verwendung ist," weil notwendig unbedenklich, auch wenn es sich stets um Angestellte der Gesellschaft handelt" (Barz, zit. bei Haefliger 88f; vgl. auch Schett 112).

¹⁵⁹ Haefliger 88.

¹⁶⁰ Haefliger a.a.O.

¹⁶¹ Haefliger 89.

¹⁶² Vgl. Haefliger 88f m.w.H. in Anm. 35 und Zöllner 1ff.

¹⁶³ Vgl. ausführlich dazu: Zöllner 3ff.

¹⁶⁴ Schett 112.

¹⁶⁵ Schett a.a.O.; Haefliger 89.

¹⁶⁶ Vgl. dazu hinten RZ 88ff.

¹⁶⁷ Vgl. dazu hinten a.a.O.

¹⁶⁸ Zöllner 5 m.w.H. in Anm. 4.

¹⁶⁹ Vgl. auch die Nachweise bei Haefliger 89 Anm. 39.

der Additionsmethode eindeutig überlegen" ¹⁷⁰. Es werden **immer nur diejenigen Stimmen gezählt und von der Gesamtstimmenzahl in Abzug gebracht, die aller Voraussicht nach die geringste Addition erfordern, d.h. in der Minderzahl sein werden** ¹⁷¹. Je nach Art des anzuwendenden Quorums ¹⁷² sind auch hier die Stimmenthaltungen mitzuzählen, müssen also die sich der Stimme enthaltenden Aktionäre die Art ihrer Stimmabgabe dem Stimmenzähler mitteilen ¹⁷³. Ist z.B. auf die absolute Mehrheit der vertretenen Stimmen abzustellen ¹⁷⁴ und wird erwartet, dass die meisten Aktionäre den Anträgen der Verwaltung zustimmen werden ¹⁷⁵, so müssen bei Anwendung des allgemeinen Stimmenquorums von OR und E 703 ¹⁷⁶ lediglich die Nein-Stimmen und die Stimmenthaltungen gezählt und von der Gesamtstimmenzahl der vertretenen Aktien abgezählt werden ¹⁷⁷.

Bedenken gegen diese Methode ergeben sich in **zweierlei Hinsicht**:

- 47 Einmal bildet sich eine **doppelte Fehlerquelle**, indem Fehler nicht nur aufgrund falscher Addition, sondern auch aufgrund von unrichtigen Angaben eines nicht auf dem neusten Stand gehaltenen Teilnehmerverzeichnisses entstehen können ¹⁷⁸. Dieses Verfahren ist deshalb nur dort zu empfehlen, wo sowohl Minuend wie auch Subtrahend jederzeit zweifelsfrei zu erschliessen sind ¹⁷⁹, was vor allem in kleinen, überschaubaren Verhältnissen der Fall ist. M.E. ist aber - wie auch bei den "primitiven Abstimmungsarten" - wiederum das gewöhnliche Additionsverfahren anzuwenden, sofern auch nur ein Versammlungsteilnehmer dies wünscht ¹⁸⁰.

¹⁷⁰ Schett 114.

¹⁷¹ Vgl. Haefliger 89 und Zöllner 5, welcher nachweist, dass die Dauer der Ergebnismittlung nach der Subtraktionsmethode bei tausend oder mehr Teilnehmern unter Einsatz optimal gestalteter Stimmkarten, zahlreicher Stimmenzähler sowie modernster Datenverarbeitungsanlagen pro Abstimmung auf eine halbe Stunde angesetzt werden kann, wogegen nach der Additionsmethode bedeutend mehr Zeit aufgewendet werden müsste.

¹⁷² Vgl. hinten RZ 88ff.

¹⁷³ Schett 114 Anm. 72.

¹⁷⁴ Vgl. OR 703 und hinten § 7 RZ 337ff.

¹⁷⁵ Z.B. wenn die Vertreter "Depotsstimmen" zum voraus erklärt haben, den Anträgen der Verwaltung zu folgen vgl. dazu. vorne § 3 RZ 56.

¹⁷⁶ Vgl. dazu hinten § 7 RZ 334ff.

¹⁷⁷ Haefliger 89.

¹⁷⁸ Schett 114.

¹⁷⁹ Schett a.a.O.

¹⁸⁰ Vgl. vorne RZ 14ff.

48 Sodann werden die Stimmen **derjenigen Aktionäre, welche weder ausdrücklich "Ja"-, oder "Nein"-Stimmen** ¹⁸¹, **noch Stimmenthaltung erklären, den zu zählenden, also entweder zu den Ja- oder zu den Nein-Stimmen zugerechnet** ¹⁸². Es wird nun eingewendet, das Schweigen eines während der Versammlung Zeitung lesenden Aktionärs dürfe jedenfalls nicht als Ja-Stimme gewertet werden ¹⁸³. Es handelt sich hier in der Tat um eine **Auslegungsfrage**, d.h. um die "erste Stufe" der Qualifizierung des Verhaltens der Aktionäre an der Versammlung ¹⁸⁴. Deren passives Verhalten kann daher nur unter den vorne dargelegten Voraussetzungen als "Ja"-Stimme ausgelegt werden, d.h. dann, wenn das Vertrauensprinzip eine solche Auslegung zulässt ¹⁸⁵. Eine Statutenbestimmung, welche das Subtraktionsverfahren in jedem Fall als anwendbar erklärt, ist daher m.E. ohne entsprechende Einschränkungen **unzulässig** ¹⁸⁶.

49 Voraussetzung zur Durchführung des Subtraktionsverfahrens ist eine strenge und sorgfältige **Anwesenheitskontrolle** ¹⁸⁷, welche im Zeitpunkt **vor der Abstimmung** zuverlässig den genauen **Teilnehmerstand** sowie die **Gesamtstimmenzahl der anwesenden Aktionäre** erfasst ¹⁸⁸. Der Grundsatz der **Selbständigkeit der einzelnen Abstimmung** ¹⁸⁹ gewinnt hier an besonderer Bedeutung ¹⁹⁰.

4. Quoren

50 Wie bereits vorn gezeigt wurde ¹⁹¹, dienen die Quorumsvorschriften dazu, das **Ergebnis einer Abstimmung** festzustellen, d.h. diejenige **Anzahl**

181 Je nachdem, ob die Ja- oder die Nein-Stimmen voraussichtlich in der Minderzahl sein werden.

182 So betreffend den Fall, wo die Nein-Stimmen gezählt werden, Haefliger 90.

183 Vgl. die Nachweise bei Haefliger 90 und hinten FN 344 bei RZ 90.

184 Vgl. vorne RZ 21ff.

185 Vgl. vorne RZ 25ff.

186 A.M. offenbar Zöllner a.a.O.

187 Etwa durch die Führung eines Teilnehmerverzeichnisses, anhand früherer Abstimmungen oder des Aktienbuches, vgl. Haefliger 89.

188 Zöllner 5; Haefliger 89; Schett 114.

189 Vgl. vorne RZ 11.

190 Haefliger 89.

191 Vgl. vorne RZ 30, 34ff.

Stimmen sowie deren "**Masstäbe**" ¹⁹² zu bestimmen, welche für die Annahme eines Antrages und damit für das **Zustandekommen eines positiven Beschlusses** erforderlich ist.

51 Während also die Additions- bzw. die Subtraktionsmethode das Abstimmungsergebnis **formell** festlegen, indem sie bestimmen, welche Stimmverhältnisse in der konkreten Abstimmung vorliegen (z.B. 60 "Ja"- und 50 "Nein"-Stimmen), geben die Quorumsbestimmungen **materiell** darüber Auskunft, wie dieses Abstimmungsergebnis **rechtlich zu qualifizieren ist**, d.h. wie die Stimmenthaltungen zu werten sind und ob somit **ein Antrag angenommen und damit ein positiver Beschluss gefasst wurde oder nicht** ¹⁹³.

a) **Präsenzquoten**

52 Die **Präsenzquoten** werden anhand der an der Versammlung anwesenden Aktionäre bzw. anhand des von diesen vertretenen Grundkapitals oder der von ihnen vertretenen Aktienzahl ¹⁹⁴ berechnet, weshalb die Teilnehmerliste bei der Anwendung eines solchen Quorums auf jeden Fall vor der betreffenden Abstimmung neu zu überprüfen ist ¹⁹⁵ bzw. die Teilnehmer neu zu zählen ¹⁹⁶ sind, und zwar - entgegen der von Landolt vertretenen Ansicht ¹⁹⁷ - erst **vor der entsprechenden Abstimmung** ¹⁹⁸. Aus verfahrenstechnischen Gründen (Sitzungsordnung) ¹⁹⁹ wird in grossen Gesellschaften jedoch meist auf einen früheren Zeitpunkt abgestellt, was für den einzelnen Aktionär jedoch unbillig ist: Die kurz vor der jeweiligen Abstimmung neu hinzukommenden Aktionäre, welche sich ihre Meinung ausserhalb bzw. unabhängig von der vor der Abstimmung jeweils stattfindenden Verhandlung und Diskussion gebildet haben, werden dann nicht berücksichtigt. Von Gesetzes wegen besteht aber für den Aktionär **kein Zwang, am aktienrechtlichen kollektiven Willensbildungsprozess** vorgängig der Abstimmung teil-

192 Vgl. vorne § 2 RZ 57ff, 67ff.

193 Vgl. vorne. A.M. Weber, welcher die Quoren als Formvorschriften bezeichnet, a.a.O. 27.

194 Vgl. vorne § 2 RZ 4ff, 14ff.

195 Vgl. vorne RZ 11ff.

196 Bei kleinen Gesellschaften, welche keine Teilnehmerliste aufstellen.

197 Landolt 155.

198 Zehnder 66.

199 Vgl. vorne RZ 7ff.

zunehmen²⁰⁰. Der Aktionär, der an der Abstimmung einer Grossgesellschaft teilnehmen will, muss daher aber rechtzeitig erscheinen.

53 Weil die **"reinen" Präsenzquoren** lediglich auf die Anwesenheit bzw. Vertretung²⁰¹ eines bestimmten Teils des Grundkapitals, sämtlicher Aktien oder Aktionäre abstellen²⁰², muss die von ihnen geforderte Anzahl Stimmen vor der Abstimmung lediglich **anwesend** sein²⁰³. Die sie vertretenden Aktionäre müssen **nicht effektiv an der Abstimmung teilnehmen**²⁰⁴, weil bei dieser Quorumsart nicht die Abstimmung das wesentliche ist, sondern die Absicht des Aktionärs, für die betreffende Beschlussfassung wenigstens an der Versammlung zu erscheinen²⁰⁵. Die Frage nach der positiven Beschlussfähigkeit wird denn auch jeweils **vor der Abstimmung** gestellt²⁰⁶. Wie sein Verhalten an der GV rechtlich gewertet wird, hängt allerdings von der Art des anzuwendenden Quorums ab²⁰⁷.

54 Daher sind auch die nicht stimmberechtigten oder im Stimmrecht beschränkten Aktien mitzuzählen²⁰⁸. **"Als vertreten gilt somit der gesamte Aktienbesitz der an der Versammlung persönlich oder durch Stellvertreter mitwirkenden Aktionäre, unabhängig von allfälligen Beschränkungen in der Ausübung des Stimmrechts"**²⁰⁹.

200 Vgl. dazu hinten RZ 120.

201 Diese beiden Begriffe werden im folgenden synonym verwendet.

202 Vgl. dazu z.B. OR 649 I und II sowie vorne § 2 RZ 4ff, 57ff.

203 Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 86. Vgl. zur von OR 716 und E 713 II geforderten "Zustimmung" zum Verfahren hinten § 8 RZ 34ff, § 10 RZ 12.

204 Kemahlioglu 50; F. von Steiger, Aktienrecht 194, 204; Geilinger 128f; Siegwart Art. 649 N 12.

205 Geilinger 128 m.w.H. Eine nicht (positiv) beschlussfähige Versammlung kann natürlich verhandeln, ohne Beschlüsse zu fassen, vgl. dazu F. von Steiger a.a.O. 194.

206 Vgl. vorne RZ 11ff.

207 Vgl. vorne RZ 21ff.

208 Z.B. OR 692 II betreffend die Stimmrechtsbeschränkung von Grossaktionären oder OR 695 I betreffend Dechargebeschlüsse, vgl. Forstmoser a.a.O. und Zehnder 99.

209 Forstmoser, a.a.O. m.w.H.; Zehnder a.a.O.; vgl. auch hinten bei "vertreten". A.M. S. Burckhardt, welcher dafür hält, dass die nicht stimmberechtigten Aktien nicht zu den an der Versammlung "vertretenen" Aktien zu zählen sind, weil nicht nur das Stimmrecht, sondern auch das Teilnahmerecht solcher Aktien "ruhe" (98 m.w.H.). Dies ist m.E. aber nur dann der Fall, wenn dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, so z.B. bei den eigenen Aktien der Gesellschaft (Art. 659 V).

55 Die **eigenen Aktien** ²¹⁰ der Gesellschaft gelten nach klarer Gesetzesvorschrift nicht als vertreten ²¹¹. Weil ihr Stimmrecht "ruht", ²¹² sind sie daher bei der Prüfung der Frage, ob das Präsenzquorum erreicht worden ist, nicht mitzuzählen ²¹³. Sie sind jedoch - wie auch die nicht vollliberierten Namenaktien ²¹⁴ - bei der **Berechnungsgrundlage** zu berücksichtigen ²¹⁵, m.a.W. der Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft beeinflusst die Höhe der Präsenzquoten nicht ²¹⁶. Es ist das **gesamte Grundkapital** massgebend ²¹⁷.

210 Als eigene Aktien der Gesellschaft gelten auch die sog. **Vorratsaktien** dann, wenn eine von der AG beherrschte Tochtergesellschaft Aktien der Mutter-(Holding-)Gesellschaft erwirbt (vgl. dazu F. von Steiger, Aktiengesellschaft 156) und wohl immer dann, wenn ein von der Muttergesellschaft abhängiger Treuhänder deren Aktien erwirbt. Andernfalls handelt es sich um "fremde" Aktien, die stimmberechtigt sind.

211 OR 659 V.

212 Vgl. E 659 a I.

213 Geilinger 122, 129; Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 86 je m.w.H.; Schucany Art. 648 N 5; Siegwart 649 N 12; Zehnder 66, 98.

214 Haefliger 93.

215 Forstmoser a.a.O. § 7 N 86.

216 Siegwart Art. 648 N 16, Art. 649 N 12; Weber 65f; Geilinger 122; Zinke 35. Unschlüssig F. von Steiger a.a.O. 152. Anderer Meinung Schucany Art. 648 N 5 und das dort zitierte Eidgenössische Handelsregisteramt in SJZ 26, 46 sowie S. Burckhardt, 99. Würden diese Aktien nicht mitgezählt, so ergäbe dies u.U. eine Verschiebung der Machtverhältnisse, indem das Grundkapital quasi "verkleinert" und die Bruchteile des Aktienbesitzes der verbleibenden Aktionäre sich relativ vergrössern würden. Der beabsichtigte Minderheiten- bzw. Aktionärsschutz (vgl. dazu vorne § 3 RZ 29ff) würde dadurch aus den Angeln gehoben und der Verwaltungsrat hätte die Möglichkeit, durch den Ankauf eigener Aktien die Kapital- und Aktienzahl-Präsenz sowie Präsenz-/Stimmenquoten (vgl. dazu vorne § 2 RZ 4ff) zu erleichtern, die übrigen Aktionäre zu überstimmen und so gewisse Anträge durchzusetzen (vgl. Weber 66f; Siegwart a.a.O.; Geilinger 122). Es erscheint deshalb weniger "gefährlich", wenn die positive Beschlussfassung einfach ungebührlich erschwert bzw. zeitweise verunmöglicht wird, als wenn der Verwaltungsrat eine solche herbeiführen konnte (Wieland, SAG 20, 58, 77ff; Geilinger 122. A.M. S. Burckhardt a.a.O.).

OR 659 V erfasst also nach der hier vertretenen Auslegung die blosse Mitberechnung bei der Kapital- und Aktienzahl-, Präsenz und Präsenz-/Stimmenquoten nicht und bezieht sich lediglich auf die Vertretung des Stimmrechts bei der Abstimmung. Es stellt sich hier allenfalls die Frage eines Durchgriffs, z.B. bei Holdinggesellschaften (vgl. dazu Kuster 106; Böckli, Aktienstimmrecht 39/40 und Kemahlioglu 48 sowie BGE 72 II 283, wonach ein Aktionär seine Aktien nicht vertreten darf, sobald ihn die Gesellschaft "infolge Kapitalbeteiligung oder mit anderen Mitteln derart beherrscht, dass ihm gegenüber der Gesellschaft kein selbständiger Wille mehr zukommt" [a.a.O.]

Nach S. Burckhardt sollen die Aktien allgemein auch dann ruhen, wenn sie zwar nicht im formellen Eigentum der Gesellschaft sind, jedoch lediglich zum Zweck der Stimmrechtsausübung im Sinne der Verwaltung von dieser an Dritte übertragen wurden [93]).

217 Vgl. hinten RZ 70ff.

56 Wird auf eine **bestimmte Anzahl Aktien abgestellt**, so ist diese unabhängig vom Nennwert oder von der Stimmkraft der Aktien zu berücksichtigen²¹⁸. "Diese dem Aktienrecht eigentlich recht fremde Ordnung kann Beschlussfassungen schwierig machen, wenn viele stark abgeschriebene Aktien ohne grossen inneren Wert vorhanden sind"²¹⁹.

57 Ist ein **Kopfquorum** massgebend, so bemisst sich dieses nach der Gesamtzahl sämtlicher Aktionäre und beim Quorum von OR 701 zusätzlich nach sämtlichen Aktien²²⁰ bzw. nach sämtlichen Verwaltungsratsmitgliedern²²¹.

58 Die **Beschlussfassung** erfolgt sodann nach dem gesetzlichen²²² oder einem davon abweichenden statutarischen Stimmenquorum²²³, wobei hier allfällige Beschränkungen oder Ausschlüsse des Stimmrechts zu berücksichtigen sind²²⁴. Weil ein Präsenzquorum keinen Einfluss auf die Abstimmung hat²²⁵, kann allenfalls die für die Annahme eines Antrags massgebliche Mehrheit im Verhältnis zur Gesamtheit aller Stimmen oder aller Nennwerte eine blosse **Minderheit** darstellen²²⁶.

b) Stimmenquoren

59 Ist für eine Abstimmung ein "**reines**" **Stimmenquorum** massgebend, so ist - wie schon vorne dargelegt wurde²²⁷ - die GV (positiv) beschlussfähig²²⁸ **ohne Rücksicht auf die Zahl der vertretenen Aktien**²²⁹. Es genügt die Anwesenheit eines einzigen Aktionärs mit einer einzigen Aktie²³⁰. Die vom Quorum geforderte Anzahl Stimmen lässt sich nicht zum vorneherein berechnen, sondern sie variiert - im Unterschied zu den ge-

218 Vgl. z.B. OR 649 I und II und Haefliger 92f; Funk Art. 649 N 1; Mohr 5; Siegwart Art. 649 N 12. Vgl. aber vorne § 2 RZ 17.

219 Siegwart Art. 649 N 12.

220 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 27ff und § 3 RZ 54 sowie Gerhard 62.

221 OR 716 bzw. E 713 II.

222 Vgl. OR und E 703 und 704 I und dazu hinten § 7 RZ 334 ff und § 9 RZ 16ff.

223 Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 89; Mohr 5; Geilinger 129; Gerhard 98.

224 Forstmoser a.a.O. § 7 N 86; vgl. auch hinten RZ 64ff.

225 Vgl. vorne RZ 52ff.

226 Siegwart Art. 649 N 12; F. von Steiger a.a.O. 194. Vgl. auch schon vorne § 1 RZ 76ff.

227 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 5.

228 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 84ff.

229 F. von Steiger, Aktiengesellschaft 193.

230 Vgl. vorne § 2 RZ 5 und auch § 1 RZ 50ff.

mischten Präsenz/Stimmenquoten - je nach der effektiven Frequenz der Aktionäre bzw. Aktien an der Generalversammlung²³¹. Weil sich diese Quoren im Gegensatz zu den Präsenzquoten auf **die Abstimmung** selber beziehen, zählen hier nur die **effektiv an der konkreten Beschlussfassung stimmberechtigten Aktien**²³².

60 Eine **Stimme** ist im Recht der Generalversammlung entweder ein **bestimmter Bruchteil des nominellen Grundkapitals**, womit die Stimmkraft des einzelnen Aktionärs **proportional zu seinem Anteil am Grundkapital der Gesellschaft** ist²³³. Stimmen- und Kapitalquorum stimmen in diesem Fall stets überein, d.h. wenn ein Stimmenmehr vorliegt, ist zugleich das entsprechende Kapitalmehr gegeben. Dies trifft dann nicht zu, wenn statutarisch das **Stückstimmrecht** eingeführt wurde. In diesem Fall ist die Anzahl Stimmen eines Aktionärs gleichzusetzen mit der **Anzahl Aktien**, die er vertritt. Weil dieses Stimmrecht vom Nennwert der einzelnen Aktien unabhängig ist²³⁴, stimmt es nicht mit dem Kapital-Stimmenquorum²³⁵ überein. Eine Stimmenminderheit kann in diesem Fall einer Kapitalmehrheit und eine Stimmenmehrheit einer Kapitalminderheit²³⁶ entsprechen.

61 Das **Kopfstimmrecht**, wonach auf jeden Aktionär unabhängig von seinem Kapital- bzw. Aktienzahlbesitz eine Stimme zukommt, ist ein atypisches Element im Recht der Aktiengesellschaft²³⁷ und grundsätzlich nur für Präsenzquoten und im Recht des Verwaltungsrats zulässig²³⁸.

231 Vgl. vorne § 2 RZ 8.

232 Bürgi Art. 703 N 7; F. von Steiger a.a.O. 193.

233 Vgl. OR 692 I und 693 III sowie Weber 62; Geilinger 34; Horowitz 37.

234 Vgl. OR 693 I und Weber a.a.O. sowie Forstmoser/Meier-Hayoz § 20 N 23ff.

235 Vgl. OR 692 I.

236 Echte Pluralstimmrechte, d.h. die Einräumung eines grösseren Stimmrechts für Aktien von demselben Nennwert sind im schweizerischen Aktienrecht aber ausgeschlossen, vgl. OR 692 I und 693 I sowie Weber a.a.O.; Mijalcovic 26f; Ch. von Steiger, die Mehrstimmrechtsaktie im schweizerischen und im belgischen Recht (Diss. Leipzig 1934). Pluralstimmrechte sind auch im Verwaltungsrat unzulässig, vgl. Couchepin 105 und SAG 17 (1944/45) 201ff.

237 BGE 95 II 555 erachtet schon die Zulässigkeit des Stückstimmrechts als personalistisches Element im Recht der AG, was m.E. nur insofern zutrifft, als dadurch bestimmte Aktionäre stimmenmässig privilegiert werden (z.B. die Familienmitglieder, welche die Stimmrechtsaktien besitzen). Der **Zweck** der Einführung von Stimmrechtsaktien ist hingegen i.d.R. immer personenbezogen, vgl. dazu hinten § 7 RZ 143ff. Dies hätte im erwähnten Entscheid präzisiert werden sollen.

238 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 20. Zum Aktienstimmrecht allgemein vgl. E. Moser, die Ausübung des Aktienstimmrechts nach schweizerischem sowie nach deutschem und italienischem Recht (Diss. Zürich 1945) sowie Böckli, Aktienstimmrecht.

62 Dort, wo das Gesetz die **Zustimmung sämtlicher Aktionäre** verlangt²³⁹, ist gleichzeitig die **Zustimmung sämtlicher Aktien** - bzw. bei OR 635 III sämtlicher von den Zeichnern gezeichneten Kapitalanteilen - zu fordern, da der Gesetzgeber wohl die Uebereinstimmung von Kopf- und Aktien- bzw. Kapitalstimmen vor Augen hatte²⁴⁰.

63 **Zusammenfassend** kann daher festgehalten werden, dass sich das **Stimmrecht des Aktionärs** grundsätzlich entweder nach seinem **Kapitalanteil** oder nach der **Anzahl Aktien, die er vertritt**, bemisst. Nur in Ausnahmefällen fordert das Gesetz die "Zustimmung sämtlicher Aktionäre"²⁴¹.

64 Bei den **"reinen"**²⁴² **Stimmenquoren** sind **Stimmrechtsbe-**

239 Vgl. OR 646 I und 623 II sowie auch OR 635 III.

240 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 27 (Eine Aktienstimme verkörpert immer auch gleichzeitig eine Kapitalstimme).

241 Vgl. dazu oben RZ 62 und vorne § 2 RZ 27 FN 70f sowie hinten bei RZ 86.

242 Zu den "gemischten" Quoren vgl. nachfolgend RZ 66ff.

243 Vgl. z.B. OR 692 II, wonach die Statuten die Stimmzahl von Grossaktionären beschränken können. Es handelt sich hier um eine Art einer **"statutarischen Höchststimmrechtsklausel"**, wonach die Stimmquote jedes Körperschafters einen bestimmten Bruchteil nicht überschreiten kann, vgl. dazu Kuster 121; Bürgi Art. 692 N 22; Böckli, Aktienstimmrecht 44; Schluep, wohlverworbene Rechte 140 sowie Moser, zit. FN 238, 50ff. Eine solche kann auch in den Urstatuten und unter gewissen Voraussetzungen (Berücksichtigung wohlverworbener Rechte und des Gleichbehandlungsgrundsatzes, vgl. dazu U. Immenga, zur Zulässigkeit einer nachträglichen Stimmrechtsbeschränkung, AG 21 (1976) 293ff sowie W. Werner, Einführung des Höchststimmrechts durch nachträgliche Satzungsänderung, AG 20 (1975) 176 ff und BGH Urteil vom 19. Dezember 1977, JZ 33 (1978) 150ff) auch nachträglich mit dem für Statutenänderungen geltenden Mehr beschlossen werden, vgl. OR 627 Ziff. 10 und Bürgi Art. 692 N 12; Schluep a.a.O. 142. Sodann ist das Stückstimmrecht in den Fällen von OR 693 III nicht anwendbar, was einer Beschränkung der Stimmkraft der sog. Stimmrechtsaktien (vgl. dazu nachfolgend RZ 74) gleichkommt (vgl. Kuster 126). Im alten Aktienrecht wurde in Art. 40 II bestimmt, dass kein anwesender Aktionär mehr als 20% der in der Generalversammlung vertretenen Stimmen auf sich vereinigen darf (vgl. Mijalovic 21). Diese Regelung wurde anlässlich der Revision von 1936 abgeändert: "Der Gesetzgeber darf grundsätzlich davon ausgehen, dass in normalen Verhältnissen das Interesse des im beträchtlichen Umfang beteiligten Aktionärs sich mit dem Interesse der Gesellschaft deckt; jedenfalls kann nicht zum voraus präsumiert werden, dass kleine, wirtschaftlich kaum in Betracht fallende Minderheiten die Bedeutung und das Interesse des Unternehmens richtiger beurteilen und zu wahren imstande seien, als die meistbeteiligten Aktionäre" (Botschaft des Bundesrates vom 21.2.1928). Vgl. auch Mijalovic 22, welcher nachweist, dass diese Norm lediglich das Strohmannertum gefördert hat, indem zur Umgehung dieser Stimmrechtsbeschränkung die Aktien der Grossaktionäre an Strohleute übertragen wurden. Vgl. auch Bürgi, welcher festhält, dass sich die Neuierung von 1936 mit der heute "herrschenden" Auffassung deckte, wonach die Interessen der Gesellschaft am besten von der Verwaltung, welche oft mit den Grossaktionären identisch sei, gewahrt werden (a.a.O. Art. 703 N 30). Diese Regelung des alten Obligationenrechts ist heute vereinzelt noch in älteren

schränkungen ²⁴³, das **"Stückstimmrecht"** ²⁴⁴ sowie **Stimmrechtsausschlüsse** ²⁴⁵ innerhalb der gesetzlichen Schranken ²⁴⁶ immer zu beachten ²⁴⁷.

Statuten vorhanden und dementsprechend noch verbindlich, vgl. Bürgi Art. 692 N 22 und a.a.O.

244 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 16 und hinten § 7 RZ 190ff.

245 Das geltende Aktienrecht enthält **keinen allgemeinen Entzug des Stimmrechts bei Interessenkollisionen** zwischen Körperschafts- und Privatinteressen von Mitgliedern, wie dies Wieland (97) anzunehmen scheint (Kuster 103, W. von Steiger, ZSR 62 (1943) 326af. und Wiedemann 421f. Vgl. demgegenüber § 136 (d) AktG). Es kann in einem solchen Fall aber eine ähnliche Gefahr wie beim Selbstkontrahieren des Stellvertreters entstehen (Kuster 103). Die Interessensphären können sich jedoch auch decken (Bürgi Art. 691 N 4). Der Aktionär hat grundsätzlich auch in eigener Sache ein Stimmrecht und das Gesetz schliesst lediglich beim Déchargebeschluss betreffend die Verwaltung Personen, die in irgendeiner Weise an der Geschäftsführung teilgenommen haben, vom Stimmrecht aus (vgl. OR 695 I und Bürgi Art. 695 N 6; Schluep a.a.O. 134f; Kuster 105ff). Mit Wiedemann ist jedoch festzuhalten, **dass der sog. "klassische" Stimmrechtsausschluss für sämtliche Verbandsarten gilt**, also auch dort, **wo das Gesetz solche Stimmrechtsverbote nicht nennt** und dass dementsprechend kein Mitglied bei Beschlüssen mitwirken soll, bei denen darüber entschieden wird, ob die Gesellschaft ihm gegenüber Sanktionen ergreifen will oder nicht (also ausser der Décharge auch bei der Befreiung von einer Verbindlichkeit, Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits, Abberufung aus einem Verbandsorgan etc. (a.a.O. 421f; a.M. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 323 bei Anm. 510). Sodann ist das Stückstimmrecht in den Fällen von OR 693 III nicht anwendbar, was einer Beschränkung der Stimmkraft der sog. Stimmrechtsaktien (vgl. dazu nachfolgend RZ 74) gleichkommt (vgl. Kuster 126). Auf statutarischer Grundlage können zusätzliche Stimmrechtsausschlüsse vereinbart werden (vgl. Kuster 121).

Der Entwurf zum Obligationenrecht I (1919) sah in Art. 645 I vor: "Beim Abschluss von Rechtsgeschäften der Gesellschaft, an denen ein Mitglied der Verwaltung interessiert ist, darf dieses nicht mitwirken" (vgl. den Nachweis bei Wolf 34). Diese Regelung wurde sodann fallengelassen. Das alte Obligationenrecht enthielt in Art. 619 eine "materielle" Stimmrechtsbeschränkung, indem dort bestimmt wurde, dass die Gesellschafter, welche eine auf das Grundkapital anzurechnende Einlage machten oder sich besondere Vorteile ausbedingen wollten, bei der Beschlussfassung über die diesbezüglichen Statutenbestimmungen kein Stimmrecht haben (vgl. Wolf a.a.O. 60). Diese Bestimmung wurde, weil man sie als lästig empfand, nicht ins revidierte OR aufgenommen. Im Entwurf zur Revision des Obligationenrechts (1936) war in Art. 693 III vorgesehen, dass bei Beschlüssen über ein Rechtsgeschäft mit einem Aktionär dieser nicht mitstimmen darf. Die Norm wurde aber gestrichen, weil angenommen wurde, der Vorschlag entspreche ohnehin der allgemeinen Übung und es könne auch im Interesse der Gesellschaft liegen, Verträge mit einem Grossaktionär abzuschliessen, weshalb es unbillig wäre, wenn hier eine kleine Minderheit durch ihr Veto vernünftige und notwendige Geschäfte verhindern könnte (vgl. Wolf a.a.O.). Der Sachverhalt betrifft auch nicht den klassischen Stimmrechtsausschluss (siehe oben).

Die eigenen Aktien der Gesellschaft bleiben bei den reinen Stimmenquoren (also denjenigen, welche auf die "vertretenen" oder "abgegebenen" Stimmen bzw. deren Zustimmung abstellen, vgl. OR 703 und hinten RZ 88ff) gänzlich unberücksichtigt, also bei der Berechnungsgrundlage wie auch bei der Frage der Berechnung des Quorums, weil sie gemäss OR 659 V nicht an der Generalversammlung vertreten werden und daher auch nicht mitstimmen können (Bürgi Art. 703 N 18; Geilinger 121 sowie Funk Art. 648 N 1).

246 Vgl. OR 693 III.

247 Vgl. Schucany Art. 703 N 2 und Bürgi Art. 703 N 18.

Hat eine Gesellschaft das Stückstimmrecht eingeführt ²⁴⁸, so ist bei Stimmenquoren, welche auf einen Kapitalanteil abstellen (also bei gemischten Stimmen- und Kapitalquoren, vgl. dazu nachfolgend RZ 66ff) immer auch das entsprechende **Stückstimmenquorum** zu erfüllen ²⁴⁹.

65 Die **Stimmberechtigung** setzt stets auch die **Teilnahmeberechtigung voraus** ²⁵⁰. Umgekehrt kann ein Aktionär aber teilnahmeberechtigt sein, ohne dass er mit seinen Aktien stimmen kann ²⁵¹.

c) **Gemischte Präsenz-/Stimmenquoren**

66 In § 2 wurde diese Quorumsart beschrieben. Es handelt sich um Quoren, welche die **Zustimmung einer zum vornherein "fixierten", feststehenden Anzahl Stimmen** verlangt, weshalb es sich gleichermassen um ein Stimmen- wie auch um ein Anwesenheitsquorum handelt ²⁵². Wegen der zwingenden Regelung des Stimmrechts ²⁵³ kommen für diese Quorumsart lediglich **Kapital- und Aktienzahlquoren** in Frage ²⁵⁴. Rein begrifflich fällt das Abstellen auf die vertretenen oder abgegebenen Stimmen ausser Betracht ²⁵⁵.

67 Die **Präsenz der Aktionäre**, welche die geforderte Anzahl Stimmen vertreten, genügt allein nicht ²⁵⁶. Sie müssen einem Antrag auch **zustimmen**, damit das Quorum erfüllt ist und ein entsprechender positiver Beschluss entsteht ²⁵⁷.

248 Vgl. vorne § 2 RZ 16 und 19.

249 Vgl. vorne a.a.O.

250 Vgl. auch Bürgi Art. 689 N 2. Die "nicht teilnahmeberechtigten Aktien" gelten auch als nicht vertreten, vgl. Bürgi Art. 703 N 18. Teilnahmeberechtigt ist aber grundsätzlich jeder Inhaber auch nur einer Aktie, vgl. OR 646 II, wo dieses Recht als wohlerworbenes Recht aufgeführt ist.

251 Vgl. oben RZ 6.

252 Vgl. vorne § 2 RZ 11ff.

253 Vgl. vorne § 2 RZ 27.

254 Vgl. vorne § 2 RZ 14ff.

255 Diese Bemessungsgrössen (vgl. vorne § 2 RZ 57ff) sind nur bei den Stimmenquoren möglich, vgl. vorne § 2 RZ 7ff.

256 Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 81; Siegwart Art. 648 N 16.

257 Vgl. vorne § 1 RZ 83ff.

68 Bemessungsgrundlage ist - da es sich auch um ein Präsenzquorum handelt - das **gesamte Grundkapital** bzw. die **gesamte Aktienzahl, einschliesslich der eigenen Aktien der Gesellschaft** ²⁵⁸.

69 **Stimmrechtsbeschränkungen, -ausschlüsse** und das **Stückstimmrecht** sind - da es sich auch um ein Stimmenquorum handelt - nicht bei der Bemessungsgrundlage, jedoch bei der Frage, ob das Quorum erreicht worden ist, zu berücksichtigen ²⁵⁹. Bezieht sich nun ein solches Quorum auf einen bestimmten Teil des Grundkapitals ²⁶⁰ und hat eine Gesellschaft das "Stückstimmrecht" eingeführt ²⁶¹, so stimmt das geforderte Kapital u.U. nicht mit dem nun nach Aktienzahl zu berechnenden Stimmenquorum überein ²⁶². Weil es sich gleichzeitig um ein **Kapital-** wie auch um ein **Stimmenquorum** handelt, ist zusätzlich kumulativ zum Kapitalquorum auch das gesetzliche ²⁶³ oder ein davon abweichendes statutarisches Stimmenquorum zu erfüllen ²⁶⁴ ²⁶⁵, ansonsten ein positiver Beschluss nicht zustandekommen könnte ²⁶⁶. Dies deshalb, weil diese Quorumsart stets auf eine zum vornherein fixierte Grösse abstellt, womit das Stimmenquorum und das Kapital-

258 Vgl. Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 81 m.w.H. in FN 191 und hinten RZ 55.

259 Vgl. hinten RZ 71.

260 Vgl. z.B. OR 648 I.

261 Vgl. hinten bei RZ 74.

262 Wogegen sich im Fall, wo keine Stimmrechtsaktien vorliegen, Stimmen- und Kapitalquoren regelmässig decken, weil die "Stimme" ohne statutarische Abweichung gemäss OR 692 I nach dem Grundkapital bemessen wird, vgl. Horn 371 und vorne § 2 RZ 16 und 19.

263 Vgl. OR 703.

264 Im Ergebnis gleich betreffend den "Anwendungsfall" dieser Quorumsart in OR 648 I, jedoch z.T. mit anderer Begründung: Horn a.a.O.; Siegwart Art. 648 N 14ff, welcher von "doppeltem" Quorum spricht und von Greyerz, Aktiengesellschaft 191. Folgende Autoren argumentieren, das Stimmenmehr nach OR 703 oder nach anderer statutarischer Anordnung gelte für **jede Beschlussfassung der Generalversammlung und damit allgemein kumulativ und nicht alternativ zu allfälligen weiteren kapitalmässigen Erschwerungen**: Gerhard 58; von Greyerz, Schutz der Minderheit 60; Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 82, unklar aber in § 10 N 180; Weber 63; Mielke 117 und Geilinger: "In diesem Fall (Anm: Wenn Stimmrechtsaktien ausgegeben wurden) kann aber das 2/3 Kapitalmehr nicht mehr genügen. Die Einführung von Stimmrechtsaktien bringt immer die Umstellung auf das Aktienstimmprinzip mit sich, d.h. den Ersatz von OR 692 I durch 693 I. Da OR 703 unter Vorbehalt anderweitiger, ausdrücklicher Statutenbestimmungen für jeden Beschluss der Generalversammlung auch in Verbindung mit OR 693 I angewendet werden muss, hat der Beschluss somit neben dem gesetzlichen Kapitalmehr noch das einfache Mehr der Aktienstimmen auf sich zu vereinigen" (126. Unklar jedoch 123 m.w.H.). Ebenso auch das Reichsgericht (zit. bei Geilinger a.a.O.), welches allgemein ausführt, die Verbindung von Kapital- und Aktienstimmenmehr liege durchaus im Sinne des Gesetzes, weil so ein Ausgleich zugunsten der Kapitalgrundlage der AG beim Verlassen des Nennwertprinzips erfolge.

265 Vgl. Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 81f und vorne § 2 RZ 16 und 19.

266 Vgl. vorne § 1 RZ 83ff.

quorum u.U. **nicht übereinstimmen**, da nur das letztere zum voraus festgestellt werden kann ²⁶⁷. Würde die Aktienmehrheit hier nicht berücksichtigt, so würde den Stimmrechtsaktionären in den **wichtigsten Beschlüssen der AG die Privilegierung ihrer Stimmkraft versagt bleiben**, womit das Institut der Stimmrechtsaktien wenig Sinn hätte. Gerade OR 648 I bezweckt auch den Schutz der **bisherigen** Stimmrechtsaktionäre, welcher illusorisch würde, könnten sie bei der Ausgabe ²⁶⁸ weiterer Stimmrechtsaktien, welche ihre Rechte verwässern, nicht mit ihrer **vollen Stimmkraft** mitstimmen ²⁶⁹. Dass neben dem Kapitalmehr in diesen Fällen stets auch das Stimmenmehr nach OR 703 oder nach der statutarischen Vorschrift einzuhalten ist, ergibt sich auch aus dem **Wortlaut des Gesetzes**, z.B. in OR 636 und 648 I, wo nicht nur auf die geforderte Kapitalgrösse (etwa "zwei Drittel des Aktienkapitals müssen zustimmen") Bezug genommen wird, sondern auch "die **Stimmen** von ..." erwähnt werden ²⁷⁰. Enthalten die Statuten sodann ein **allgemeines Präsenzquorum**, so ist auch bezüglich desselben eine kumulative Anwendung bei den Kapitalquoren zu verlangen. Wiederum ist festzuhalten, dass dieses mit der Erreichung z.B. der qualifizierten Quoren von OR 636 und 648 I i.d.R. erfüllt ist. Weicht es aber davon ab, indem es etwa auf eine Aktienzahl abstellt, so ist auch dieses Quorum aus den oben erwähnten Gründen (alle Aktienzahlquoren privilegieren die Stimmrechtsaktionäre) zu erfüllen. Diese Berechnung der Kapital-/Präsenz-/Stimmenquoren gilt m.E. selbst dann, wenn das Präsenz/Stimmenquorum auf eine Kapitalminderheit abstellt. Selbst für das Zustandekommen dieser Beschlüsse ist m.E. konsequenterweise auch das Erreichen des **Stimmenquorums von OR 703** oder des **statutarischen Stimmenquorums** Stimmenquorums notwendig.

d) **Kapital-, Aktienzahl- und "Kopf"quoren**

70 **Kapitalquoren** beziehen sich i.d.R. auf einen Teil des Nennwerts des nominellen Grundkapitals ²⁷¹.

267 Bei den reinen Stimmenquoren lässt sich die Bemessungsgrundlage dagegen nie zum voraus bestimmen, vgl. OR 703.

268 Vgl. hinten § 7 RZ 186ff.

269 Vgl. hinten § 7 RZ 143 ff.

270 Vgl. hinten § 7 RZ 69ff, 107ff.

271 Vgl. z.B. OR 648 I und F. von Steiger, Aktiengesellschaft 195; Kemahlioglu 50. Bei den Präsenz- und Präsenz-/Stimmenquoren lässt sich die kapitalmässige Bemessungsgrundlage und das zu erreichende Präsenz- und Präsenz-/Stimmenquorum jeweils zum voraus berechnen, bei den reinen Stimmenquoren hingegen nicht, vgl. OR 703.

71 Bei den **Kapital-Präsenzquoren** zählen die eigenen Aktien der Gesellschaft bei der Bemessungsgrundlage mit ²⁷², nicht jedoch bei der Frage, ob das Quorum erreicht worden sei ²⁷³. Die im Stimmrecht beschränkten ²⁷⁴ Aktien zählen hier mit, jedoch nach ihrer wirklichen Kapitalbeteiligung, ohne Rücksicht auf die Beschränkung im Stimmrecht ²⁷⁵. Das Stückstimmrecht ist hier **nicht zu berücksichtigen**: "Es ist also der Nennwert der von den betreffenden Aktionären gehaltenen Aktien zu berücksichtigen und zwar sowohl bei der Berechnung des Quorums wie auch bei der Prüfung der Frage, ob dieses erreicht worden ist" ²⁷⁶.

72 Bei den **Kapital-Stimmenquoren** sind weder die Aktien mit ruhendem Stimmrecht ²⁷⁷, noch diejenigen, deren Stimmrecht ausgeschlossen ist, bei der Frage, ob das Quorum erreicht worden ist, mitzuzählen ²⁷⁸. Ebenso sind Stimmrechtsbeschränkungen sowie das Stückstimmrecht zu berücksichtigen ²⁷⁹.

73 Bei den **gemischten Kapital- Präsenz-/Stimmenquoren** ²⁸⁰ ist zusätzlich zum Kapitalquorum das nach der Einführung von Stimmrechtsaktien nach dem Stückstimmrecht zu berechnende Stimmenquorum zu erfüllen ²⁸¹. Die eigenen Aktien der Gesellschaft sind bei der Berechnungsgrundlage wiederum **mitzuzählen** ²⁸².

74 **Aktienzahlquoren** beziehen sich unabhängig vom Nennwert und damit unabhängig vom Anteil am nominellen Grundkapital auf eine **bestimmte Anzahl Aktien** ²⁸³. Betreffend die eigenen Aktien der Gesellschaft bei den verschiedenen Quorumsarten gilt das zu den Kapitalquoren in RZ 55 Gesagte. Wenn sämtliche Aktien den gleichen Nennwert haben, so entstehen durch die Einführung des Aktienstimmprinzips keine Stimmrechtsak-

272 Vgl. vorne RZ 52ff.

273 Vgl. Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 86 und vorne a.a.O.

274 Vgl. vorne RZ 64 FN 250.

275 Kemahlioglu 5 m.w.H. in Anm. 5.

276 Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 81.

277 Vgl. hinten RZ 55 FN 212 RZ 64 FN 245

278 Vgl. vorne RZ 64.

279 Vg. vorne a.a.O.

280 Vgl. z.B. OR 648 I und vorne RZ 66ff.

281 Vgl. vorne RZ 69 und § 2 RZ 11ff, 19.

282 Vgl. vorne RZ 55.

283 Vgl. OR 693 I und nachfolgend RZ 75.

tien²⁸⁴. Nur in den Fällen, wo **Aktien mit verschiedenem Nennwert** bestehen, kommt die Einführung von Abstimmungsvorschriften nach einer Aktienzahl der **Einführung von (unechten) Stimmrechtsaktien** gleich²⁸⁵, indem jener Teil des Grundkapitals, der in kleinere Aktien aufgespalten ist, eine relativ grössere Stimmkraft als der übrige Teil des Kapitals besitzt²⁸⁶. Mit Weber ist festzuhalten, dass Stimmrechtsaktien nur dann entstehen, wenn sich **Stimmenquoten** auf eine Aktienzahl beziehen und Aktien mit verschiedenem Nennwert bestehen: Die **Präsenzquoten**, welche sich auf eine Aktienzahl beziehen, lassen dagegen **keine Stimmrechtsaktien** entstehen, wenn Aktien mit verschiedenem Nennwert ausgegeben werden²⁸⁷. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut von OR 693 I, wonach sich Stimmrechtsaktien auf das Stimmrecht selber beziehen und daher auch nur die **Stimmenquoten** betreffen. "Von Stimmrechtsaktien können wir ... nur dort sprechen, wo die **Zahl der Aktien für die Abstimmung, nicht aber für die blosse Anwesenheit massgebend ist**"²⁸⁸.

75 Wiederum sind bei den **Aktienzahl-Präsenzquoten**²⁸⁹ die Stimmrechtsbeschränkungen und Stimmrechtsausschlüsse nicht zu berücksichtigen²⁹⁰, wogegen bei den **Aktienzahl-Stimmenquoten** Stimmrechtsbeschränkungen und -ausschlüsse zum Zuge kommen²⁹¹.

76 **Kopfquoten** sind im Recht des **Verwaltungsrats** üblich und als einzige zulässig²⁹², wogegen im Recht der Generalversammlung wegen der zwingenden Regelung des Stimmrechts²⁹³ lediglich Kopf-Präsenzquoten statutarisch eingeführt werden können²⁹⁴. Die gesetzlichen Kopf-Präsenz-/Stimmenquoten (OR 623 II, 635 III, 638 und 646 I sowie E 629 II sind daher

284 Das Aktienzahlquorum entspricht in diesem Fall immer auch dem Kapitalquorum, d.h. die Aktienmehrheit ist gleichzeitig auch die Kapitalmehrheit etc., vgl. Weber 64.

285 Weber a.a.O.

286 Vgl. Weber 62.

287 Weber 64.

288 Weber a.a.O.

289 Vgl. z.B. OR 649 I, II, 655, 658.

290 Vgl. vorne bei Präsenzquoten RZ 55 und nachfolgend RZ 94. Stimmrechtsprivilegierungen werden "automatisch" berücksichtigt, wenn Aktien mit unterschiedlichem Nennwert bestehen und das Stückstimmrecht eingeführt wurde, indem die Präsenz von Stimmrechtsaktionären genau gleich "zählt" wie diejenige der Stammaktionäre.

291 Vgl. vorne RZ 64ff und nachfolgend RZ 94.

292 Vgl. vorne § 2 RZ 60 und § 3 RZ 67.

293 Vgl. OR 692 I und 693 I und dazu vorne § 2 RZ 27.

294 Vgl. vorne § 2 RZ 27ff und zu OR und E 701 a.a.O.

nicht nur nach Köpfen, sondern auch nach sämtlichen Aktien bzw. im Fall von OR 635 III nach den von den Zeichnern gezeichneten Kapitalanteilen zu berechnen²⁹⁵. Im Verwaltungsrat sind das "Kopf"- und das Stimmenquorum **identisch**²⁹⁶, wogegen dies für die grundsätzlich nach kapitalistischen Grundsätzen ausgerichtete Generalversammlung nicht zutrifft²⁹⁷. Betreffend Stimmrechtsprivilegierungen, -beschränkungen und -ausschlüsse bei den Präsenz- und Stimmenkopfquoren gilt das vorne bei den Kapital- und Aktienzahlquoren Gesagte²⁹⁸.

e) Minderheits-, einfache und qualifizierte Mehrheits- und Einstimmigkeitsquoren

77 **Minderheitsquoren** beziehen sich entweder auf eine **Kapital-, Aktienzahl-**, oder - in der Form von Präsenzquoren - **Aktionärsminderheit**²⁹⁹. Die nachfolgenden Erläuterungen zur Berechnung des "einfachen", "absoluten" oder "qualifizierten" Mehrs gelten für die Normierung einer entsprechenden Minderheit - mit "umgekehrten Vorzeichen" - analog.

78 Auch **Mehrheitsquoren** beziehen sich auf eine **Kapital-, Aktienzahl** oder - in der Form von Präsenzquoren - **Aktionärsmehrheit**.³⁰⁰

79 Das "**einfache**" oder "**relative**" **Mehr**³⁰¹ stellt auf die **verhältnismässig grösste Zahl von Stimmen**³⁰² ab und ist - unabhängig von der Berechnungsgrundlage³⁰³ - erreicht, wenn **mehr Stimmen für als gegen einen Antrag abgegeben** werden, wenn die Ja-Stimmen von der Summe der befürwortenden und gegnerischen Stimmen zusammen mehr als 50% erreichen.

295 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 27 und 54f.

296 Vgl. vorne § 2 RZ 20 und § 3 RZ 37 und vorne RZ 61 FN 228.

297 Vgl. aber aber vorne § 2 RZ 22ff.

298 Vgl. vorne RZ 70ff.

299 Vgl. vorne § 2 RZ 29f.

300 Vgl. vorne a.a.O.

301 Vgl. vorne § 2 RZ 36ff, 48ff.

302 Zum Begriff der Stimme vgl. vorne RZ 60.

303 Vgl. die Uebersicht hinten RZ 93.

- 80 Zu berücksichtigen sind hier,- da das **relative Mehr** sich immer lediglich auf **Stimmenquoren** bezieht ³⁰⁴ - ausschliesslich die **stimmberechtigten Aktienstimmen**. Leerstimmen, nicht abgegebene, nicht stimmberechtigte und nicht vertretene Stimmen sind also nicht mitzuzählen, bzw. sie sind für die Ermittlung der Ergebnisse nicht zu beachten ³⁰⁵.
- 81 Das **absolute Mehr** kann im Unterschied zu sämtlichen anderen Mehrheiten, welche sich jeweils auf nur **eine Grösse** beziehen - wie vorne gezeigt wurde - auf die abgegebenen, die abgegebenen Ja und Nein ³⁰⁶, die vertretenen, die stimmberechtigten oder auf sämtliche nach Grundkapital oder Aktienzahl zu berechnenden Stimmen abstellen, bei einem Präsenzquorum sogar auf die Aktionärszahl ³⁰⁷. Sind die abgegebenen oder die vertretenen Stimmen massgebend, kann das absolute Mehr nur als **Stimmenquorum** normiert werden ³⁰⁸, da es erst an der konkreten Generalversammlung anhand der vertretenen bzw. abgegebenen Stimmen und daher nicht zum voraus berechnet werden kann ³⁰⁹. Diesbezüglich gilt das bei den Stimmenquoren Gesagte ³¹⁰. Das absolute Mehr bezogen auf die stimmberechtigten oder sämtliche nach Grundkapital, Aktienzahl oder Aktionären zu berechnenden Stimmen kann auch als **Präsenz-** ³¹¹ oder **gemischtes Präsenz- und Stimmenquorum** ³¹² normiert werden.
- 82 Entgegen der Ansicht eines Teil der Lehre ³¹³ ist das absolute Mehr bei der Abstimmung über **einen Antrag erreicht**, wenn **mehr als die Hälfte der massgebenden** ³¹⁴ Aktienstimmen sich für einen An-

304 Vgl. die Uebersicht RZ 93.

305 Vgl. hinten a.a.O. und insgesamt dazu Reymond 62.

306 Steht nur **ein** Antrag zur Diskussion, so ist das absolute Mehr in diesem Fall **identisch** mit dem relativen Mehr. Falls über mehrere Anträge abgestimmt wird, welche gleichzeitig zur Diskussion stehen, so trifft dies nicht mehr zu, vgl. dazu BGE 108 Ia 245 und das Beispiel hinten RZ 87ff sowie Kölz 40 und 56.

307 Vgl. vorne § 2 RZ 29f.

308 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 44.

309 Vgl. vorne a.a.O.

310 Vgl. vorne RZ 59ff.

311 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 4ff.

312 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 11ff.

313 Mohr 4; Kolb 41.

314 Vgl. hinten RZ 88ff.

trag äussert und nicht erst dann, wenn die Hälfte plus eine Stimme erreicht ist ³¹⁵. Bei total 101 Stimmen genügt mit 51 die Mehrheit von einer halben Stimme ³¹⁶, um einen positiven Beschluss entstehen zu lassen. Stehen **mehrere Anträge** zur Abstimmung, so wird das absolute Mehr i.d.R. berechnet, indem die massgebende Stimmenzahl durch die doppelte Anzahl der Anträge dividiert wird. Das **Mehrheitswahlverfahren** stellt auf diese Berechnung ab ³¹⁷. Das absolute Mehr wird **mit jeder relevanten**, zu zählenden Stimme (also auch mit den **Nein Stimmen** und den **Stimmenthaltungen**, welche ein Quorum als **Nein Stimme** qualifiziert) ³¹⁸, **erhöht**. ³¹⁹

83 Betreffend die **qualifizierten Mehrheiten, welche sich immer auf eine bestimmte Präsenz- oder auf eine bestimmte Anzahl befürwortender Stimmen** beziehen, ist auf die allgemeinen Berechnungsgrundsätze ³²⁰ sowie auf die Erläuterungen zu den einzelnen gesetzlichen Quorumsbestimmungen ³²¹ zu verweisen.

84 Beim **proportionalen Wahlverfahren** ³²² wird die Anzahl der zu stellenden Anträge durch die **Zahl der neu oder wieder zu besetzenden Mitgliedschaftsstellen der Organe bestimmt**. Sind z.B. vier Verwaltungsräte zu wählen, so gelten - bei mehr als vier Wahlvorschlägen - diejenigen vier Anträge als angenommen, welche relativ - d.h. im Verhältnis zu den Ja-Stimmen der übrigen Anträge - am meisten befürwortende Stimmen auf sich vereinigen ³²³. Bei

315 Mandel 51; Schett 108; Schucany Art. 703 N 2a; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 190ff; Bürgi Art. 703 N 6ff; B. Hess 146ff; G. Schucany, Willensbildung 3; Strub 108; Kehmahlioglu 54; vgl. auch BGE 51 II 69.

316 Schucany Art. 703 N 2a.

317 Vgl. dazu Kölz 56 und 40.

318 Vgl. dazu vorne RZ 37ff und hinten RZ 88ff.

319 Vgl. dazu die Diskussion im öffentlichen Recht um die Leerstimmen bei Gesamterneuerungswahlen in BGE 108 Ia a.a.O. und Kölz a.a.O. sowie etwa NZZ Nr. 225 vom 19. September 1986, 17: "In den Kantonen... haben viele Stimpende...beim Gegenvorschlag leer eingelegt. All diese Stimmen haben das absolute Mehr erheblich erhöht, das erreicht werden muss, wenn eine positive Standesstimme erreicht werden soll." Vgl. auch hinten RZ 93f.

320 Vgl. vorne RZ 52ff.

321 Vgl. hinten § 7.

322 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 48ff und 60.

323 Würde hier auf das **absolute Mehr** abgestellt, so könnten z.B. mehr als vier Anträge dieses Mehr erreichen und somit angenommen werden, weshalb die Abstimmung entweder zu wiederholen oder ein Ausscheidungsverfahren durchzuführen wäre (indem diejenigen Vorschläge, welche trotz Erreichens des absoluten Mehrs relativ am wenigsten Stimmen

diesem Verfahren kommen die entsprechenden positiven Beschlüsse immer zustande, weil sie nicht von einer zum voraus fixierten Anzahl, sondern von den konkret abgegebenen Ja Stimmen abhängen.

85 Beim "**cumulative voting**"- Verfahren ³²⁴ erhält **jede Aktie so viele Stimmen als Mitglieder eines Organs zu wählen** sind. Die Aktionäre können so sämtliche Stimmen der von ihnen vertretenen Aktien auf einen Kandidaten oder auf mehrere getrennt abgeben ³²⁵. Beispiel: "Die Mehrheit verfügt über 600 Stimmen, die Minderheit über 500. Es sind 5 Verwaltungsräte zu wählen." Die Mehrheit erhält für die Wahl also insgesamt 3'000 Stimmen die Minderheit 2'500. "Die Mehrheit unterlässt es, zu kumulieren. Jeder ihrer Kandidaten erhält 600 Stimmen. Die Minderheit vereinigt durch Kumulierung ihre Gesamtstimmenzahl von 2'500 auf nur 3 Kandidaten, so dass jeder 833 Stimmen erhält. Das Resultat ist, dass die Minderheit 3 und die Mehrheit 2 Vertreter erhält" ³²⁶.

86 **Einstimmigkeitsquoren** sind im Zusammenhang mit Stimmen- bzw. Präsenz-/Stimmenquoren, welche auf die Aktionäre abstellen ³²⁷ stets Kopf- und Aktienstimmenquoren ³²⁸, weil im schweizerischen Aktienrecht - mit der gesetzlichen Ausnahme von OR 638 II bzw. E 629 II ³²⁹ - im Recht der GV Kopfstimmenquoren unzulässig sind ³³⁰. Die Quoren von OR 623 II und 646 I sind daher gleichzeitig Kopf- und Aktienzahlquoren, dasjenige von OR 635 III gleichzeitig ein Kopf- und Kapital- bzw. Aktienzahlquorum ³³¹.

erzielt hätten, auszuschneiden wären). Würden weniger als vier Anträge das absolute Mehr erreichen, so müsste über die restlichen Anträge so lange nochmals abgestimmt werden, bis auch die noch erforderliche Zahl von diesen das absolute Mehr erreichten. Wenn dies nicht zustandekäme, so würden eben nur weniger als vier Organstellen besetzt. Die Statuten sehen deshalb häufig vor, dass in einem ersten Wahlgang das absolute und in weiteren Wahlgängen das relative Mehr massgebend sein soll (F. von Steiger a.a.O. 197).

324 Vgl. zum Anwendungsbereich vorne § 2 RZ 48ff und § 3 RZ 38.

325 Vgl. Mijalovic 69 u.w.H.

326 Aus Mijalovic a.a.O.

327 Vgl. OR 623 II, 635 III, 646 I dazu vorne § 2 RZ 54ff.

328 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 27 und RZ 54.

329 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 27 FN 71.

330 Vgl. vorne § 2 RZ 27 ff.

331 Vgl. vorne § 2 RZ 27 ff, 67 und hinten § 7 RZ 38ff, 58ff, 95ff.

Im Zusammenhang mit Präsenzquoren sind "Einstimmigkeitsquoren" als reine Kopfquoren in der GV zulässig, wobei das gesetzliche Kopfpräsenzquorum von OR und E 701 nach dem Wortlaut des Gesetzes gleichzeitig ein Aktienpräsenzquorum darstellt ³³².

EINFACHE UND QUALIFIZIERTE MEHRHEITEN: BEISPIEL

87 Vertreten sind 101 von insgesamt 200 Stimmen. 50 Stimmen werden abgegeben, wobei sich von diesen 25 für und 10 gegen den gestellten Antrag äussern. Sodann werden 15 leere Stimmzettel abgegeben.

Das relative Mehr von sämtlichen, von den vertretenen und von den abgegebenen Stimmen beträgt 25 Stimmen. Es ist erreicht, weil hier als Bemessungsgrundlage lediglich die Ja- und Nein-Stimmen in Betracht fallen (vgl. Tabelle in RZ 93).

- Das absolute Mehr:**
- von **sämtlichen** Stimmen beträgt 101 Stimmen. Es ist erreicht.
 - in bezug auf die **vertretenen** Stimmen beträgt es 51 Stimmen. Es ist erreicht.
 - in bezug auf die **abgegebenen** Stimmen beträgt es 26 Stimmen. Es ist erreicht.
 - in bezug auf die **abgegebenen Ja- und Nein-Stimmen** ist es ebenfalls erreicht (entspricht in diesem Fall dem relativen Mehr, vgl. oben).

Beim **absoluten Mehr** werden also **sämtliche Stimmen der jeweiligen Berechnungsart** (abgegebene, vertretene etc.) in Betracht gezogen, wogegen beim **relativen Mehr** unabhängig davon, ob auf die abgegebenen, vertretenen oder sämtliche Stimmen abgestellt wird, als **Berechnungsgrundlage immer nur die Ja- und Nein-Stimmen insgesamt zählen**.

332 Vgl. vorne § 2 RZ 27ff und RZ 54. Zu OR 716 und E 713 II vgl. § 8 RZ 34ff.

f) **Abgegebene, abgegebene Ja- und Nein-, vertretene, stimmberechtigte und sämtliche Stimmen**

88 **Abgegebene und vertretene Stimmen** beziehen sich stets nur auf **Stimmenquoren** ³³³, weshalb hier nur die **stimmberechtigten** ³³⁴ **Aktienstimmen** ³³⁵ zu zählen und die Stimmrechtsausschlüsse und -beschränkungen sowie das Stückstimmrecht zu berücksichtigen sind ³³⁶ und daher auch die eigenen Aktien der Gesellschaft ausser Betracht fallen.

89 Bei den **abgegebenen Stimmen** ist insbesondere auf die abgegebenen, stimmberechtigten, den gestellten Antrag befürwortenden oder ablehnenden und - je nach Art des Quorums - auch auf die Leerstimmen abzustellen ³³⁷: Beim absoluten Mehr sind bei der Berechnung des Quorums ³³⁸ die Stimmenthaltungen in Form der Abgabe eines leeren Stimmzettels zu berücksichtigen und als Nein-Stimme zu werten ³³⁹. **Nicht abgegebene, nicht vertretene Stimmen (und nicht stimmberechtigte) und - falls lediglich auf die abgegebenen Ja- und Nein-Stimmen abgestellt wird - allenfalls**

333 Vgl. hinten RZ 59ff.

334 Zur Stimmberechtigung gehört zwingend auch die **Teilnahmeberechtigung**, sie müssen also auch teilnahmeberechtigt sein (vgl. dazu hinten RZ 65). Teilnahmeberechtigt, d.h. rechtsgültig vertreten ist eine Aktienstimme "formell" dann, wenn sich für die betreffende Aktie jemand als Aktionär oder Vertreter beim Prüfungsorgan gemeldet hat und von diesem anerkannt worden ist. Materiell ist eine Stimme dann rechtsgültig vertreten, wenn die Voraussetzungen von OR 689ff gegeben sind und keine nach OR 691 unbefugte Teilnahme vorliegt, vgl. dazu im einzelnen Bürgi Art. 689 N 11ff und 703 N 18; F. von Steiger a.a.O. 193f; Haymann Aktienübernahmevereinbarungen 151. Betreffend die formelle Vertretung und den Grundsatz der Selbständigkeit der einzelnen Abstimmung vgl. vorne RZ 11.

335 Zum Begriff der Stimme vgl. vorne RZ 60ff.

336 Vgl. Schucany Art. 703 N 2b und hinten bei Stimmenquoren RZ 64.

337 Vgl. Horn 370 und RGZ 106, 263 und vorne RZ 23 FN 105, RZ 38 und § 2 RZ 57ff.

338 Vgl. die Uebersicht hinten RZ 93.

339 Vgl. vorne RZ 38.

340 Vgl. zur Rechtfertigung dieser Berechnungsgrundlage bei kantonalen Wahlen im öffentlichen Recht (vgl. auch z.B. SR 171.13 Art. 79 II betreffend Wahlen im Nationalrat) BGE 108 Ia 245 und kritisch dazu Kölz 56f: "Die heute in den Kantonen (...) geltende Lösung der Gleichstellung der leeren Linien mit den ungültigen Kandidatenstimmen wird dem Wählerwillen schwerlich gerecht... In allen Fällen, wo sich gleich viele oder mehr Kandidaten zur Wahl stellen, als Sitze zu besetzen sind, ist es doch eher so, dass eine leere Stimme materielle Bedeutung hat und gegen einen Teil der Vorgesetzten gerichtet ist... Der Wähler, der einen vollständig ausgefüllten Wahlzettel einlegt, spricht allen von ihm genannten Kandidaten die im ersten Wahlgang geforderte Qualifikation zu. Gleichzeitig spricht er sich jedoch mit seiner gesamten Stimmkraft entweder gegen alle von ihm nicht genannten Kandidaten aus, oder er nimmt eine wertende Auswahl vor... Anders wird der Wähler behandelt, der im ersten Wahlgang nur einem oder wenigen Kandidaten

auch die Leerstimmen ³⁴⁰ fallen gänzlich ausser Betracht ³⁴¹ sowohl für die Bemessung des Quorums wie auch für die Frage, ob dieses erreicht worden ist ³⁴².

90 Bei den **vertretenen** Stimmen ist insbesondere auf die anwesenden, stimmberechtigten, den gestellten Antrag befürwortenden oder ablehnenden und - je nach Art des Quorums - auch auf die Leerstimmen und die nicht abgegebenen Stimmen abzustellen ³⁴³: Beim absoluten Mehr werden hier im Unterschied zur Berechnung des Quorums aufgrund der abgegebenen Stimmen die **Stimmenthaltungen auch in Form von nicht abgegebenen Stimmen berücksichtigt und als Nein-Stimmen gewertet** ³⁴⁴. Ausser Betracht fallen in jedem Fall lediglich die nicht vertretenen (und die nicht stimmberechtigten Stimmen), und zwar für die Bemessung des Quorums wie auch für die Frage, ob dieses erreicht worden ist ³⁴⁵.

91 Auf die **stimmberechtigten** Aktienstimmen ist immer dann abzustellen, wenn es sich um ein **Stimmen-** oder um ein gemischtes **Präsenz-/Stimmenquorum** handelt. Hier sind Stimmrechtsausschlüsse, Stimmrechtsbeschränkungen und -privilegierungen **immer zu beachten** ³⁴⁶. Statutarisch

sein Vertrauen aussprechen möchte. Mit den von ihm ausgefüllten Linien spricht er sich zwar für die von ihm unterstützten Kandidaten und gegen alle anderen aus: die leeren Linien bleiben aber als Ausdruck seiner Ablehnung unberücksichtigt. Dem Wähler, der den Wahlzettel vollständig ausgefüllt einlegt, kommt bezüglich der Ablehnung der übrigen Kandidaten eine erhöhte Stimmkraft zu als dem Wähler, der teilweise leer einlegt. Die leeren Stimmen haben mit anderen Worten bloss akklamatorische Wirkung!"

341 Vgl. Henn 249; Haefliger 91 sowie Horn 370 und vorne RZ 38.

342 Vgl. vorne RZ 23 FN 105 und RZ 38.

343 Mijalovic 20; Kemahlioglu 54; Zender 99; Schett 108; Weder 33; Mandel 51f; Horn 371.

344 Brunner 35; Bürgi Art. 703 N 7; Engel 304. A.M. B. Hess 148 und Zehnder 99 und wohl auch Schucany Art. 703 N 2, welche dafür halten, bei der Berechnung des absoluten Mehrs sei auf die effektiv abgegebenen Stimmen abzustellen. Ebenso das Bundesgericht in BGE 51 II 69, wo es erklärte, im schweizerischen Abstimmungswesen habe es sich eingelebt, sich an der Abstimmung nicht beteiligende Aktionäre für die Berechnung des absoluten Mehrs nicht mitzuzählen. Auch im deutschen Recht wurde diese Ansicht z.T. vertreten, um die Ungleichheit bei der Berechnungsart des absoluten Mehrs auszugleichen, vgl. Hensel 155f und RGE 20, 140; 82, 386. Diese Argumentation widerspricht m.E. aber klar dem Wortlaut von OR 703, vgl. dazu hinten § 7 RZ 13ff. Vgl. zur gesetzlichen Normierung des absoluten Mehrs kritisch Forstmoser/Hirsch, Revision 35: "Geht man bei der Bestimmung der Mehrheit von den vertretenen Aktienstimmen aus, so bedeutet dies praktisch, dass alle Stimmenthaltungen als Nein-Stimmen zählen. Die Stimmenthaltung wird damit faktisch untersagt, was zu bedauern und nicht zu rechtfertigen ist."

345 Zur Kritik der rechtlichen Wertung sich passiv verhaltender Aktionäre vgl. vorne bei Subtraktionsverfahren.

346 Vgl. dazu vorne RZ 66ff.

kann auch vorgesehen werden, dass auch bei den **Präsenzquoren** lediglich auf die stimmberechtigten Aktien abzustellen ist. Ohne eine solche ausdrückliche Regelung ist bei den Präsenzquoren aber auf sämtliche Aktien, das ganze Grundkapital oder u.U. auf sämtliche Aktionäre unabhängig von der effektiven Stimmberechtigung abzustellen ³⁴⁷.

92 Wird auf **sämtliche** Aktienstimmen abgestellt, so sind beim Abstellen auf das absolute Mehr alle Stimmenthaltungsformen, also Leerstimmen, nicht abgegebene oder nicht vertretene Stimmen zu berücksichtigen und als "**Nein**"-Stimmen zu werten.

347 Vgl. auch die Tabelle hinten RZ 94.

93 BERECHNUNG DER QUOREN: EINFACHE UND QUALIFIZIERTE MEHRHEITEN

Mehr Einfaches Mehr *

Berechnungsgrundlage 1)

Erreichen des Quorums: Unterschied

abgegebene Stimmen: 2) Ja- und Neinstimmen
vertretene Stimmen: Ja- und Neinstimmen
sämtliche Stimmen: Ja- und Neinstimmen

Leere Stimmen sind nicht zu berücksichtigen, gelten als **Stimmenthaltungen**

Leere und nicht abgegebene Stimmen sind nicht zu berücksichtigen, gelten als **Stimmenthaltungen**

Leere und nicht abgegebene und nicht vertretene Stimmen sind nicht zu berücksichtigen, gelten als **Stimmenthaltungen**

* Gleichbedeutend mit relativem Mehr. Erreicht, wenn Ja-Stimmen 50% sämtlicher Stimmen (abgegebene, vertretene etc.) übertreffen, **wobei leere, nicht abgegebene und nicht vertretene Stimmen bei der Bemessungsgrundlage nicht gezählt werden.**

Qualifiziertes Mehr, z.B. Absolutes Mehr ** oder 2/3 Mehr

abgegebene Stimmen: Ja- und Neinstimmen
Ja-, Nein-, Leerstimmen
vertretene Stimmen: Ja-, Nein-, Leer- und nicht abgegebene Stimmen
sämtliche Stimmen: Ja-, Nein-, Leer-, nicht vertretene und nicht abgegebene Stimmen

Leere Stimmen sind nicht zu berücksichtigen, gelten als **Stimmenthaltungen**

Leere Stimmen sind als **Nein-Stimmen** zu werten

Leere und nicht abgegebene Stimmen sind als **Nein-Stimmen** zu werten

Leere, nicht abgegebene und nicht vertretene Stimmen sind als **Nein-Stimmen** zu werten

** Erreicht (bei einem Antrag) wenn Ja-Stimmen 50% sämtlicher Stimmen (abgegebene, vertretene etc.) übertreffen, **wobei die leeren bzw. die nicht abgegebenen bzw. die nicht vertretenen Stimmen bei der Bemessungsgrundlage mitgezählt und als "Nein"-Stimme gewertet werden.**

-
- 1) Vgl. zu diesem Begriff vorne § 2 RZ 57.
2) Zum Begriff der Stimme vgl. vorne RZ 60.

94 **Berechnung der Quoren: UEBERSICHT**

	Präsenzquoren: (Beispiel: OR 649 OR 655 II, 658, 701 und E 701)	"Reine" Stimmenquoren (Beispiele: OR 635 III, 703, E 704 I, E 713 I)	Gemischte Präsenz- und Stimmenquoren (sind immer auch Kapitalquoren) (Beispiele: OR 623 II, 636, 646 I, 648, 657 V, E 657 IV)
Be- messungs- grundlage	Gesamtes GK oder sämtliche Aktien oder sämtliche Aktio- näre	Stimmberechtigte - Vertretene (rechtsgültig) oder - Abgegebene (rechtsgültig) Aktienstimmen	Gesamtes GK oder sämtliche Aktien
	Eigene Aktien der Gesellschaft mitzuzählen	Eigene Aktien der Gesellschaft nicht mitzuzählen	Eigene Aktien der Gesellschaft mitzuzählen
Berechnung des Quorums	Eigene Aktien der Gesellschaft nicht mitzuzählen	Eigene Aktien der Gesellschaft nicht mitzuzählen	Eigene Aktien der Gesellschaft nicht mitzuzählen
je zum vollen Nennwert	Mitzuzählen - Nicht stimmbe- rechtigte Aktien - Im Stimmrecht beschränkte Aktien - Im Stimmrecht privilegierte Aktien - Stimmenthaltun- gen	Zu berücksichtigen Stimmrechtsbe- schränkungen - Stückstimmrecht - Stimmrechtsaus- schlüsse Bei Abstellen auf die vertretenen Stimmen zu be- rücksichtigen: - Stimmenthaltun- gen	Präsenzquorum: Vgl. die Bemerkun- gen in der Spalte "Berechnung der Präsenzquoren" + Stimmenquorum: Vgl. die allgem. Bemerkungen in der Spalte "Be- rechnung der Stimmenquoren"

Stimmrechtsausschlüsse (gesetzliche): Kein allgemeiner Stimmenausschluss bei Interessenkollisionen, analog ZGB 68, sondern nur bei:

- Déchargebeschluss, vgl. OR 695 I
- Abstimmung über die Ergreifung von Sanktionen gegen einen Gesellschafter (vgl. Anm. 219 § 4)
- Eigene Aktien der Gesellschaft, vgl. OR 659 V (sind auch nicht vertretungsberechtigt, "Ruhen" des Stimmrechts)

Stimmrechtsbeschränkungen (statutarische): Für Grossaktionäre einführbar (OR 692 II)

Stückstimmrecht/Stimmrechtsprivilegierungen (statutarische): Stimmrechtsaktien (OR 693 I)

Mehrstimmrechte: Nicht zulässig. Vgl. vorne § 4 RZ 60 FN 236; hinten RZ 100ff.

Stimmenthaltungen (je nach Quorumsart gilt als Stimmenthaltung): Abgabe leerer Stimmzettel, keine Stimmabgabe, Vorzeitiges Verlassen der Versammlung ohne Abmeldung, Nichterscheinen.

g) Zusammenfassung

95 **Nicht vertretene Stimmen** sind u.U. lediglich beim Abstellen auf **sämtliche Stimmen** zu werten, **nicht abgegebene** bei diesen und u.U. zusätzlich bei den auf die **vertretenen Stimmen** abstellenden Quoren. **Abgegebene Leerstimmen** sind u.U. bei **diesen zwei Quorumsarten** sowie zusätzlich bei den auf die **abgegebenen Stimmen** abstellenden Quoren zu berücksichtigen, d.h. als "**Nein-Stimme**" zu werten³⁴⁸. Bei der Bezugnahme auf die **abgegebenen Ja- und Nein-Stimmen** fallen sie gänzlich ausser Betracht.

96 Die **eigenen Aktien** der Gesellschaft zählen nur als **Bemessungsgrundlage** bei den Präsenz- und gemischten Präsenz-/Stimmenquoren. Bei der Berechnung des **Quorums selber** sind sie nie mitzuzählen. Bei den **reinen Stimmenquoren**³⁴⁹ fallen sie auch als Bemessungsgrundlage und somit gänzlich ausser Betracht^{350 351}.

97 **Stimmrechtsbeschränkungen** und **-ausschlüsse**, und das **Stückstimmrecht** sind nur bei den **Stimmenquoren** und bei den gemischten **Präsenz-/Stimmenquoren** zu berücksichtigen³⁵².

h) Die Problematik des Stichentscheides im Hinblick auf die Quoren

98 Die Frage, ob bei **Stimmengleichheit** der **Stichentscheid** des Vorsitzenden eingeführt werden kann, welcher damit das Zustandekommen eines positiven Beschlusses³⁵³ bewirken kann, ist in der Lehre **umstritten**³⁵⁴ und vom **Bundesgericht** in BGE 95 II 555ff für die Generalversammlung

348 Als Uebersicht dazu dient die Tabelle RZ 93.

349 Vgl. dazu vorne RZ 59ff.

350 Weil sie nicht vertretungs- und damit auch nicht stimmberechtigt sind. Sie zählen daher nie zu den "vertretenen" oder "abgegebenen" Aktien der reinen Stimmenquoren. Vgl. dazu vorne RZ 55.

351 Vgl. auch die Tabelle RZ 94.

352 Vgl. vorne RZ 64 und RZ 69.

353 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 84ff.

354 Vgl. die in BGE 95 II 555 und bei Bär, aktuelle Fragen 431 Anm. 60 zit. zahlreichen Hinweise auf die Lehrmeinungen und zusätzlich etwa Schett 116 und Weber 33.

auf statutarischer Grundlage und vom Entwurf in E 713 I für den Verwaltungsrat auch ohne eine solche ³⁵⁵ als **zulässig** erklärt worden.

99 Auf diese kontroverse Frage näher einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Im Zusammenhang mit den Quorumsbestimmungen ist immerhin folgendes zu bemerken:

100 Grundsätzlich kommt ein positiver Beschluss nicht zustande, wenn das dafür vorgesehene Quorum nicht erreicht ist ³⁵⁶. Kopfquoren sind durch die zwingende Regelung des Stimmrechts des Aktionärs in der Generalversammlung gemäss OR 692 I und 693 I ausgeschlossen ³⁵⁷. Der Stichtentscheid stellt nun nicht nur ein **personalistisches Element im Recht der AG**, sondern - weil hier nicht auf irgend eine Anzahl Stimmen, sondern auf die Stimme(n) einer bestimmten Person abgestellt wird - auch quasi ein "**Kopfquorum**" bzw. ein "**Mehrstimmrecht**" dar und wäre schon aus diesem Gesichtspunkt für die GV widerrechtlich ³⁵⁸ und damit unzulässig. Sodann widerspricht er der **Bedeutung und Tragweite der Quorumsbestimmungen** ³⁵⁹, welche das Zustandekommen eines positiven Beschlusses hinsichtlich der dafür erforderlichen Stimmenzahl **abschliessend** festlegen ³⁶⁰. Durch den Stichtentscheid werden sie "relativiert", indem hier - obwohl das erforderliche Quorum nicht erreicht und der entsprechende Beschluss daher **negativ** ist - durch eine Erklärung des Vorsitzenden dennoch ein positiver Beschluss "konstruiert" wird. Dieser erhält beim Stichtentscheid die Kompetenz, Rechtsveränderungen nach seinem Gutdünken entstehen zu lassen oder nicht. Dies widerspricht auch dem **Sinn und Zweck der Quoren** ³⁶¹, welcher u.a. in der Sicherstellung einer gewissen **Repräsentanz** der Beschlüsse ³⁶² und im **Aktionärs- bzw. Minderheitenschutz** ³⁶³ besteht.

355 Vgl. zu dieser Regelung kritisch Forstmoser/Hirsch, Revision 35, welche dafür halten, dass auf diese gesetzliche Regelung verzichtet werden solle, vgl. auch Forstmoser, Aktienrechtsreform 123 sowie Schaub 160, welche die aufgrund des Gesetzeswortlautes unklare Rechtsnatur dieser Norm rügen.

356 Vgl. dazu auch die Ausführungen in BGE 55 II 559 und vorne § 1 RZ 84ff.

357 Vgl. vorne § 2 RZ 27.

358 Vgl. vorne § 2 RZ 22ff und 27ff

359 Vgl. vorne § 1 RZ 84ff.

360 Vgl. auch Forstmoser/Hirsch Revision 36 und BGE 55 II 559: "Schweigen die Statuten, so hat bei Stimmengleichheit ein Antrag das nötige Mehr nicht gefunden und ist abgelehnt." Im folgenden wird der Stichtentscheid aber dennoch als zulässig erachtet, vgl. a.a.O. 560 ff.

361 Vgl. vorne § 3 RZ 1ff.

362 Vgl. vorne § 3 RZ 59ff.

Durch den Stichentscheid wird diese Repräsentanz gerade nicht sichergestellt, weil ein und dasselbe Mitglied einfach zwei Mal stimmt, was auch aus dem Gesichtswinkel des Minderheitenschutzes und der aus den Quoren entstehenden Minderheitenrechten **fragwürdig** ist ³⁶⁴.

101 Der Stichentscheid des Vorsitzenden ist m.E. daher, weil er dem Sinn und Zweck der Quorumsbestimmungen widerspricht ³⁶⁵, in **rechtlicher Hinsicht** im körperschaftsrechtlichen Beschlussrecht sehr **problematisch** auch wenn er in **wirtschaftlicher Hinsicht** durchaus seine Berechtigung haben kann ³⁶⁶:

102 Der "echte" Stichentscheid des Vorsitzenden ist ein einfaches und zweckmässiges Mittel, um die positive Beschlussfähigkeit der GV zu gewährleisten ³⁶⁷, weil er nicht wie der Beizug eines Vertrauensmannes den Abschluss eines entsprechenden Vertrages unter den Beteiligten voraussetzt ³⁶⁸ und auch **praktikabler und sachgerechter als das in RZ 104 erwähnte "Doppelstimmrecht" ist**. Der Vorsitzende kann sich hier nachträglich entschliessen, seine Stimme einer Vorlage nicht zu geben, welche die dafür erforderliche Mehrheit nicht erreicht, obwohl er sie zunächst befürwortet hat (z.B. weil er eine nicht vom Willen der Mehrheit getragene Vorlage nicht als sinnvoll erachtet und unter diesen Umständen dieselbe lieber scheitern und die Gesellschafterversammlung erneut wählen lässt) ³⁶⁹.

103 Der **Geltungsbereich** des aktienrechtlichen Stichentscheides ist aus den eingangs erwähnten Gründen m.E. aber insofern **einzuschränken**, als er nur für **Stimmen-** und nicht auch für Präsenzquoren ³⁷⁰ zuzulassen ist. Bei der Anwendung auf Präsenzquoren würde noch eindeutiger ³⁷¹ die Präsenz

363 Vgl. vorne § 3 RZ 29ff, 35ff.

364 Es wird im Prinzip die Anwesenheit eines nicht anwesenden Mitgliedes "fingiert", welches so stimmt, wie der Vorsitzende. Vgl. auch Schaub a.a.O.

365 Vgl. auch Mielke 119f.

366 Vgl. sogleich RZ 102.

367 Vgl. auch BGE 55 II a.a.O.

368 Unter Umständen können sich die Aktionäre und Verwaltungsräte überhaupt nicht auf einen solchen einigen. Vgl. dazu Schaub 161 und Vischer, Aktienrechtsreform 159 und kritisch BGE 59 II 563 sowie Wolf 223.

369 Schliesslich ist aber auch darauf hinzuweisen, dass Pattsituationen die Beteiligten auch zu Kompromissen zwingen können, womit u.U. "letztlich eine gerechtere Ordnung" getroffen wird, "als sie durch das Diktat des Präsidenten geschaffen wird, vgl. Forstmoser, Reformvorschläge 61.

370 Vgl. dazu vorne RZ 52ff.

nicht anwesender Mitglieder fingiert, was dem Grundsatz, dass das Mitglied seine Mitgliedschaftsrechte an der Generalversammlung selber auszuüben hat, klar widerspricht ³⁷².

104 Sodann ist noch auf das vom Stichentscheid klar zu unterscheidende **doppelte Stimmrecht der abgegebenen Stimme des Vorsitzenden** hinzuweisen. Bei der **doppelten Zählung** der abgegebenen Stimme des Vorsitzenden erhält dieser kein eigentliches Wahlrecht, keine "Stich"-stimme nach erfolgter Auszählung, sondern es wird **seine abgegebene Stimme** zweimal gezählt. Der Vorsitzende kann sich also nicht nach erfolgter Stimmabgabe nochmals für oder gegen den gestellten Antrag entscheiden. Auch diese Form des Abstellens auf den Willen des Vorsitzenden, welche nicht einen Stichentscheid des Vorsitzenden im eigentlichen Sinne darstellt, weil er kein nachträgliches Wahlrecht erhält, verfolgt denselben Zweck wie der Stichentscheid. Sie ist aber m.E. nicht so stark personenbezogen wie dieser und widerspricht den Prinzipien der körperschaftsrechtlichen Beschlussfassung nicht in dem Umfang wie der vorne RZ 100 erwähnte "eigentliche" Stichentscheid.

371 Eine innergesellschaftliche Vorschrift, wonach eine Versammlung nur dann positiv beschlussfähig ist, wenn der Präsident des Verwaltungsrats anwesend ist, wäre m.E. daher unzulässig, vgl. auch Schaub 161.

372 Vgl. OR 689 und Bürgi, Art. 698 N 11.

i) Formfreie Modifikation von Quoren in besonderen Fällen?

aa) Darstellung der "besonderen Fälle"

aaa) Bei den Präsenz- und gemischten Präsenz-/Stimmenquoren

105 Bei den Präsenz- und den gemischten Präsenz-/Stimmenquoren³⁷³ ist die Erreichung des Quorums und damit die **positive Beschlussfähigkeit**³⁷⁴ in einigen Fällen **schwierig** und - je nach Konstellation und in Frage stehendem Quorum - z.T. sogar **unmöglich**³⁷⁵. Diese Situation kann aus folgenden Gründen eintreten:

aaaa) Desinteresse

106 Desinteressiert an der Teilnahme der GV sind vor allem die i.d.R. weitgestreuten **Publikumsaktionäre** ("Spekulationsaktionäre", "Gelegenheitsaktionäre"), welchen es einzig auf die **innere Wertsteigerung** der Aktien oder auf die Ausschüttung einer möglichst **grossen Dividende** ankommt³⁷⁶.

107 Noch weniger interessiert an Gesellschaftsangelegenheiten ist aber i.d.R. der sog. **Buchaktionär** dann, wenn er seine vinkulierten Namenaktien zwar verkauft hat, der Veräusserer aber von der Gesellschaft noch nicht genehmigt und ins Aktienbuch eingetragen wurde: Das Bundesgericht - und mit ihm ein grosser Teil der Literatur^{377 - 378} messen der **Genehmigung des Erwerbers durch die Gesellschaft** bei vinkulierten Namenaktien **konstitutiven Charakter für den Aktionärswechsel** zu. Falls die Gesellschaft den Aktienerwerber ablehnt, folgt es der sog. Fiktionstheorie³⁷⁹, wonach sämtliche vermögensmässigen und nicht vermögensmässigen Mitgliedschafts-

373 Vgl. OR 648 I und 649 I und II sowie vorne RZ 52ff.

374 Vgl. vorne § 1 RZ 84ff.

375 Vgl. Bürgi, Art. 703 N 27.

376 Mijalovic 18, 20 und Schaad 48 ff, 50 m.w.H.; Schorer 117; Bär, Aktienrechtsreform 142. Vgl. auch das in NZZ Nr. 60 (13. März 1987) 21 referierte Beispiel betreffend die am Zweidrittels Quorum von OR 648 I gescheiterte Kapitalvereinheitlichung der Bank Leu AG.

377 Vgl. neuestens die Uebersichten in BGE 109 II 138f.

378 Vgl. dazu E 685 c I und kritisch dazu Forstmoser, Bilanz 106.

379 Vgl. Benz 133.

rechte - also auch das Stimmrecht - beim (fiktiven) Buchaktionär verbleiben und nur die aus der Mitgliedschaft fliessenden Forderungsrechte auf den Erwerber übergehen³⁸⁰. Den weiterhin allein stimmberechtigten Buchaktionär interessieren jedoch die Geschicke der Gesellschaft nach dem Verkauf seiner Aktien in der Regel wenig und er wird der Versammlung regelmässig³⁸¹ fernbleiben³⁸².

bbbb) Obstruktion

108 Gerade in **kleinen, personenbezogenen Gesellschaften** bleiben einzelne Mitglieder bei Streitigkeiten und Spannungen unter sich oft absichtlich und aus querulatorischen Gründen den Generalversammlungs- wie auch Verwaltungsratssitzungen fern und boykottieren diese u.U. sogar ständig³⁸³. Eine Absetzung der querulierenden Verwaltungsräte und Neuwahlen sind zudem dann nicht möglich, wenn **Identität** zwischen den Organen besteht³⁸⁴.

cccc) Gesetzliches Teilnahme- und Stimmverbot³⁸⁵

109 **Eigene Aktien** darf die Gesellschaft nach klarer Gesetzesvorschrift an der Gesellschaft **nicht vertreten**³⁸⁶. Das Stimmrecht dieser Aktien ruht³⁸⁷.

380 Vgl. BGE 83 II 297ff, 90 II 236ff, 109 II 138ff. Vgl. neustens auch ein Entscheid des Zürcher Handelsgerichts, referiert in SJZ 83 (1987) 153ff.

381 Eine Ausnahme stellt der jüngst ergangene "Fall USEGO" dar. Anlässlich der GV der Usego vom 29. Mai 1985 wurden zahlreiche Buchaktionäre "reaktiviert", vgl. Tages Anzeiger vom 19. Oktober 1985, 10.

382 Benz 134 m.w.H. in Anm. 12.

383 Oft handelt es sich um eine querulierende Sperrminderheit, welche um etwa gewisse Ziele durchzusetzen und die verbleibenden, teilnehmenden Mitglieder umzustimmen versucht, vgl. Schorer 117. Vgl. demgegenüber Bürgi, Art. 703 N 28, welcher diese Gefährdung "angesichts der Gefahr einer richterlichen Anordnung eines Beistandes oder sogar der Auflösung der Gesellschaft" als gering betrachtet. Ein Beistand wird in solchen Fällen aber gerade **nicht** angeordnet, vgl. dazu hinten RZ 119.

384 Vgl. dazu wiederum den TOGAL-Fall in BGE 105 II 114ff.

385 Vgl. vorne FN 334.

386 Vgl. OR 659 V und vorne RZ 55.

387 Vgl. auch E 659 a I.

110 Bei der Prüfung der Frage, ob das **Quorum** erreicht worden ist, sind diese Aktien daher **nie mitzuberücksichtigen** ³⁸⁸.

111 In der schweizerischen Literatur wird sodann für den Fall, wo **vin-kulierte Namenaktien** zwar veräussert wurden, der Erwerber von der Gesellschaft aber nicht genehmigt und nicht ins Aktienbuch eingetragen wurde, eine Reihe von **von der bundesgerichtlichen Fiktionstheorie** ³⁸⁹ **abweichender Theorien** vertreten, welche hier kurz skizziert werden:

112 Nach der **Suspensionstheorie** ist die Mitgliedschaftsstelle suspendiert. Auf den Erwerber gehen die Vermögensrechte über. Die Mitwirkungsrechte bleiben **suspendiert**, bis die Aktien auf einen Erwerber übergehen, der der Gesellschaft genehm ist und akzeptiert wird ³⁹⁰.

113 Die **Translationstheorie** lässt wiederum die Mitgliedschaft des Buchaktionärs suspendiert und der Erwerber wird erst **mit der Uebertragungsgenehmigung** der Gesellschaft Mitglied derselben ³⁹¹.

114 Die **verfeinerte Translationstheorie** endlich lässt mit dem Uebergang der Aktien auch die gesamte Mitgliedschaft **auf den Erwerber übergehen**. Dieser wird Aktionär, was mit der wertpapierrechtlichen Rechtsnatur der Aktie übereinstimmt. Im Verhältnis zur Gesellschaft bleiben ihm jedoch diejenigen Mitgliedschaftsrechte versagt, die von der statutarischen Vinkulierung erfasst werden, also insbesondere das **Stimmrecht** ³⁹².

115 In all diesen Fällen ist nach der Veräusserung der Aktien und vor der Genehmigung eines neuen Aktionärs durch die Gesellschaft das diesbezügliche Teilnahme- und Stimmrecht **"suspendiert"**, d.h. es kann von niemandem ausgeübt werden und "ruht" wie das der eigenen Aktien der Gesell-

388 Vgl. vorne RZ 55.

389 Vgl. vorne RZ 107.

390 Vgl. dazu Benz 137 m.w.H. in Anm. 34 sowie auch die Uebersicht in SJZ 83 (1987) 153f.

391 Vgl. dazu Benz 139 m.w.H. in Anm. 58 und Zindel 110ff.

392 Vgl. dazu Benz 140.

schaft ³⁹³. Zu betonen ist aber, dass das Bundesgericht und die herrschende Lehre der vorne beschriebenen Fiktionstheorie folgen ³⁹⁴.

bbb) Bei den "reinen" Stimmenquoren

116 Bei den **reinen Stimmenquoren** ist die Erreichung des Quorums und damit die Fassung eines positiven Beschlusses dann unmöglich, wenn betreffend den gestellten Antrag sämtliche oder die vom Quorum geforderte Anzahl der Mitglieder vom Stimmrecht **ausgeschlossen** sind ³⁹⁵ oder wenn statutarisch der Stichentscheid nicht vorgesehen ist und in einer Gesellschaft ständig eine **"Pattsituation"**, d.h. Stimmengleichheit an den Versammlungen vorherrscht.

bb) Argumentation

117 Die Frage, ob in sämtlichen oder einzelnen dieser Fälle die Quorumsbestimmungen den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen entsprechend abgeändert werden können ³⁹⁶, weil sonst die positive Beschlussfähigkeit - allenfalls sogar ständig - nicht mehr gegeben ist, ist unter dem Gesichtswinkel des Sinnes und Schutzzweckes der Quoren eindeutig zu **verneinen** ³⁹⁷, auch wenn dies im Einzelfall dazu führt, dass keine positiven Beschlüsse mehr gefasst werden können und die Gesellschaft lahmgelegt wird.

393 Vgl. vorne RZ 55.

394 Vgl. vorne RZ 107.

395 Z.B. bei der Déchargeerteilung an die Verwaltung, wenn sämtliche Aktionäre derselben angehören, vgl. OR 695.

396 Indem z.B. die eigenen Aktien der Gesellschaft bei der Berechnungsgrundlage wie auch bei der Frage, ob das Quorum erreicht worden ist, nicht berücksichtigt und daher die Aktienzahl bzw. das Grundkapital entsprechend "vermindert" wird, vgl. vorne RZ 55 FN 208.

397 Auch wenn dem entgegengehalten werden kann, dass der Gesetzgeber Mammutgesellschaften wie auch Zweimanngesellschaften nicht einkalkulierte und lediglich die Publikumsgesellschaft vor Augen hatte (vgl. dazu Forstmoser/Meier-Hayoz § 2 N 3ff, 10ff) und eigene Aktien der Gesellschaft ohnehin nie ins Gewicht fallen dürften, weil sie sofort nach Erhalt wieder zu veräußern sind (vgl. OR 659 V), so können doch die Fälle der Querulanz und des Desinteresses (vgl. vorne RZ 106ff und 108ff) in jedem Gesellschaftstypus aktuell werden.

118 Viele der geschilderten "besonderen Fälle" sind **Anwendungsfälle** ³⁹⁸ **des Rechtsmissbrauchs** ³⁹⁹, welcher bei der Gewährung von Rechten immer vorkommen kann und welcher - auch wenn eine nur eigene Interessen verfolgende boykottierende Minderheit keinen Rechtsschutz verdient - insbesondere keine besondere Behandlung bzw. eine **formfreie Abänderung dieser Normen** rechtfertigt.

119 Es soll sodann nicht den **Aktionären** bzw. **Organmitgliedern** (Desinteresse, Querulanz) bzw. der **Verwaltung** (Ankauf eigener Aktien) anheimgestellt werden, die Quorumsbestimmungen durch ihr **tatsächliches Verhalten** abzuändern, um allenfalls auf diesem Weg ihre Ziele zu erreichen. Dem **Machtmissbrauch** wäre dadurch Tür und Tor geöffnet. Zwingende und dispositive gesetzliche Quoren können daher auch in diesen Fällen grundsätzlich nicht, allenfalls nur durch eine **Gesetzesrevision** nur im dafür vorgesehenen **Statutenänderungsverfahren** geändert werden ⁴⁰⁰. Sind solche Aenderungen nicht möglich (z.B. weil die querulierenden Mitglieder Verwaltungsratssitzungen wie auch die Generalversammlung meiden), so bleiben nur noch die vom Gesetz vorgesehenen Sanktionen ⁴⁰¹ der **Beistandschaft** ⁴⁰² oder der **Auflösung der Gesellschaft** aus wichtigen Gründen ⁴⁰³ übrig, auch wenn dies u.U. den Interessen der Gesellschaft selber bzw. derjenigen der Arbeitnehmer widerspricht: Die Präsenz- und Präsenz-/Stimmenquoren sind zum Zwecke des Minderheitenschutzes wie auch

398 Vgl. vorne RZ 108.

399 Vgl. ZGB 2.

400 Nicht jedoch durch gesellschaftsinterne Observanz, vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N 30f.

401 Zu welchen die Modifikation von Quoren eindeutig nicht gehört, ansonsten diese Möglichkeit im Gesetz vorgesehen wäre.

402 Vgl. dazu auch BGE 71 II 218, wonach einer Gesellschaft die Verwaltung auch dann fehlen kann, "wenn sich mehrere von der Verwaltung streiten und jedes von ihnen den anderen in der Verwaltungstätigkeit hindern kann". Vgl. zur Beistandschaft insbesondere von Waldkirch 25f, 65 und Schumacher 4ff, deren Postulat, das Mittel der Beistandschaft öfters und u.U. auch bei Pattsituationen (vgl. von Waldkirch 64f), d.h. bei einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit durch tatsächliche Verhältnisse einzusetzen von der Praxis jedoch nicht geteilt wird. Die Vormundschaftsbehörden üben diesbezüglich - oft nicht zuletzt aus finanziellen Erwägungen - Zurückhaltung aus.

403 Grundsätzlich folgt aus der **kapitalbezogenen Struktur der AG**, dass als "wichtige Gründe" nur **sachliche**, d.h. nicht in der Person des Gesellschafters liegende Gründe in Betracht kommen (Vgl. dazu insbesondere Tercier 67 sowie Forstmoser/Meier-Hayoz § 41 N 19; vgl. auch Stauber 157). Führen jedoch Uneinigkeiten unter den Aktionären oder das illoyale Verhalten eines von ihnen zur dauernden Beschlussunfähigkeit der GV oder des Verwaltungsrats, so können auch solche an sich **persönlichen Gründe einen Klagegrund** bilden, vgl. dazu den beispielhaften "TOGAL" Fall (BGE 105 II 114ff) oder etwa 95 II 555ff sowie BGE 67 II 165ff.

zur Sicherung einer gewissen Repräsentanz ⁴⁰⁴ normiert worden, welche **nicht auf dem Wege** der formfreien Quorumsänderungen zum **"Schutze der Gesellschaft"** wieder aus den Angeln gehoben werden darf ⁴⁰⁵, selbst wenn die Minderheit ihre Rechte missbraucht ⁴⁰⁶. Die **Funktionsunfähigkeit**, welche lediglich den **Verwaltungsrat** betrifft, kann sodann auch mit dem gesetzlichen Rechtsbehelf der **Abberufung durch die Generalversammlung** ⁴⁰⁷ und anschliessenden **Neuwahlen** ⁴⁰⁸ behoben werden, wobei nötigenfalls die **Kontrollstelle** die entsprechende GV **einzuberufen** hat ⁴⁰⁹. Die Möglichkeit eines **Instanzenzuges an die GV** ist sodann umstritten ⁴¹⁰. OR 708 III bestimmt schliesslich, dass die verbleibenden Mitglieder die Verwaltung bis zur nächsten Generalversammlung fortführen können, wenn während eines Geschäftsjahres einzelne Mitglieder der Verwaltung "wegfallen" bzw. **"an der Geschäftsführung verhindert"** sind. Soweit darunter nicht nur das unfreiwillige, auch das **böswillige Fernbleiben**, von den Sitzungen zu subsumieren ist ⁴¹¹, kann jedoch diese Bestimmung ihrerseits nie von der Einhaltung allfälliger statutarischer Präsenzquoten entbinden ⁴¹². Denn sie gilt nach ihrem klaren Wortlaut lediglich **"sofern die Statuten nichts anderes bestimmen"** ⁴¹³ ⁴¹⁴. Ein **Präsenzquorum** stellt aber gerade eine solche "andere" Bestimmung auf mit dem Inhalt, dass ohne eine ge-

404 Vgl. vorne § 3 RZ 59ff.

405 Vgl. vorne a.a.O.

406 Vgl. vorne RZ 108.

407 Vgl. OR 705 und insgesamt ausführlich Stauber 153ff.

408 Vgl. OR 698 II Ziff. 5.

409 OR 699 I und etwa Stauber 147, 154 und Bürgi Art. 705 N 2 sowie Steiner, Beschlussunfähigkeit 56ff und derselbe, Aktiengesellschaften 165ff.

410 Vgl. dazu Kohler 94ff und kritisch zur Uebernahme von Funktionen des Verwaltungsrats durch die Generalversammlung Stauber 117, BGE 100 II 384, 78 II 375. Schucany, Beschlussfassung 172f. Auch der Richter kann nicht an Stelle des Verwaltungsrats beschliessen oder Vertreter bestellen, vgl. Schucany a.a.O. 173.

411 In der Literatur finden sich keine Angaben darüber, vielmehr wird stillschweigend von der unfreiwilligen Verhinderung etwa infolge Tod eines Mitgliedes ausgegangen, vgl. z.B. Funk Art. 708 N 3; im Ergebnis gleich: Kolb 54; Schucany Art. 708 N 3, wobei Funk eher zu der Meinung tendiert, bis zur nächsten GV seien die Präsenzquoten allenfalls unbeachtlich und Schucany eher die Ansicht vertritt, die Quoren müssten eingehalten werden, ansonsten eine gänzlich positive Beschlussunfähigkeit (vgl. dazu vorne § 1 RZ 84ff) eintrete. Ausdrücklich äussern sich diese Autoren aber nicht. Keine Stellungnahme findet sich schliesslich bei Siegwart Art. 708 N 1ff. Vgl. zur Ansicht von G. Schucany betreffend eine Notverfügungskompetenz des Verwaltungsrats hinten § 8 RZ 11 FN 40.

412 A.M. mit in Anlehnung an die staatsrechtliche Terminologie mit pauschaler Begründung G. Schucany, Willensbildung 5.

413 Vgl. OR 708 III.

414 Die Bestimmung soll ja auch nur verhindern, dass ausschliesslich für Neuwahlen eine GV einberufen werden muss, vgl. Schucany Art. 708 N 3; vgl. auch Kolb 54.

wisse erforderliche Präsenz in diesem Organ gewisse Rechtsveränderungen überhaupt nicht sollen vorgenommen werden können ⁴¹⁵. Auch in diesem Fall ist daher das **Quorum einzuhalten** und sind - falls dies nicht möglich ist - die oben aufgeführten Rechtsbehelfe anzuwenden ⁴¹⁶.

120 Sodann ist die allfällige (positive) Beschlussunfähigkeit in vielen Fällen ⁴¹⁷ eine **Folge** davon, dass für die GV **keine Teilnahmepflicht** ⁴¹⁸ besteht ⁴¹⁹.

121 Zu bemerken ist hier, dass der **Entwurf für die Aktienrechtsreform mit wenigen Ausnahmen sämtliche Präsenz- und Präsenz-/Stimmenquoren fallen lässt** ⁴²⁰, was unter dem Gesichtswinkel des Schutzes der Gesellschaft bzw. deren Funktionsfähigkeit zwar sinnvoll ⁴²¹, unter dem Gesichtswinkel des Minderheitenschutzes in kleinen Gesellschaften jedoch fragwürdig ist, weil hier eben das Präsenzquorum selber schon einen Schutzbehelf der Minderheit darstellt ⁴²². Immerhin ist nach der Regelung des Entwurfs auch in den hier geschilderten Fällen die positive Beschlussfähigkeit gegeben.

V. DIE PROTOKOLLIERUNG

122 Gemäss OR 702 II und E 702 II Ziff. 2 muss über die **Beschlüsse und Wahlen** der GV ein Protokoll geführt werden, welches auch "die von den Aktionären zu Protokoll abgegebenen Erklärungen zu enthalten hat" ⁴²³. Verantwortlich für das Protokoll ist die **Verwaltung**, welche diese Aufgabe

415 Vgl. vorne § 3 RZ 29ff, 48ff, 59ff.

416 Vgl. oben, es muss dann eben sofort eine a.o.GV einberufen werden, m.a.W. es kann nicht auf die nächste ordentliche GV gewartet werden (vgl. OR 690 II).

417 Vor allem bei den "reinen Stimmenquoren" (vgl. vorne RZ 59ff)

418 Vgl. OR 680 I.

419 Vgl. Benz 107; Bürgi, Art. 699 N 4, Art. 703 N 12; Funk Art. 689 N 2; Glattfelder 254a und Schaad 46. A.M. Feldmann 16 und Weber 60, welche aus einer Treupflicht des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft eine Teilnahmepflicht ableiten; vgl. dazu aber Forstmoser/Meier-Hayoz § 36 N 4ff und BGE 105 II 128.

420 Vgl. nachfolgend § 9 RZ 3ff.

421 Vgl. vorne § 3 RZ 6ff, 45ff.

422 Vgl. vorne § 3 RZ 34.

423 Vgl. den Wortlaut von OR 702 II und von E 702 II Ziff. 3 und zu diesen Erklärungen, welche v.a. der Beweissicherung für allfällige spätere Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsklagen dienen, Bürgi 702 N 30f; Schett 132; sowie vorne bei geheime Abstimmung.

auch einer Drittperson, welche nicht Aktionär sein muss ⁴²⁴, übertragen kann ⁴²⁵. Der Aktionär hat zwar **kein erzwingbares Recht auf Protokollführung** ⁴²⁶, jedoch u.U. eine Schadenersatzforderung gegen die Verwaltung, falls diese pflichtwidrig kein Protokoll geführt hat ⁴²⁷. Diese hat ebenso für ihre eigenen Sitzungen ein Protokoll zu führen ⁴²⁸. Hält das Protokoll die Willensäusserungen einzelner Personen oder Personenmehrheiten und die Umstände, unter denen sie erfolgt sind, fest ⁴²⁹, so kann auf diese Weise der frühere Wille der juristischen Personen ermittelt werden. Das Protokoll stellt in diesem Fall das dar, was bei natürlichen Personen das Gedächtnis ist ⁴³⁰.

123 Weil das Protokoll eine **rein privatschriftliche Urkunde** darstellt und einzig Beweiswirkung hat ⁴³¹, ist die Protokollierung **nicht Gültigkeitsvoraussetzung für die Beschlüsse** ⁴³². Solche, über die kein Protokoll geführt wurde, sind dennoch gültig ⁴³³. Weil das Gesetz nur ein **Beschlussprotokoll** vorschreibt, müsse die Verhandlungen nicht wiedergegeben werden ⁴³⁴. Gewisse formelle und materielle Anforderungen müssen bei jeder Aufzeichnung genau eingehalten werden ⁴³⁵, obwohl das Gesetz selber keine Formvorschriften für das Protokoll der GV aufstellt ⁴³⁶. So müssen darin mindestens der Name der Gesellschaft, der Tag und der Ort der Versamm-

424 Z.B. dem Vorsitzenden oder einem Sekretär der Direktion, vgl. Schett 124 und Haefliger 94 sowie Bürgi 702 N 29.

425 Vgl. OR 702 II und 722 II sowie Haefliger 94 und Bürgi 702 N 25. Die Protokollführung gehört zur Verwaltungstätigkeit im engeren Sinne, vgl. Schett 124.

426 Schett leitet ein solches Recht aus dem Recht des Aktionärs auf gesetz- und statutengemässe Verwaltung ab (a.a.O. 125 m. Hinweis auf Wydler, 52/53); ebenso Stauber 44. Zum Einsichtsrecht in das Protokoll vgl. Schett 127.

427 Denn "allein die Tatsache, dass durch mangelhafte oder fehlerhafte Protokollführung die Möglichkeit eines Beweisnotstandes geschaffen wird, muss wohl bereits als Schädigung angesehen werden", vgl. Wydler 120, 123 und Schett 125f sowie Haefliger 94f und ausführlich Stauber a.a.O.

428 Vgl. OR 715.

429 Haefliger 94; vgl. auch Schett 121.

430 Haefliger a.a.O.; Funk Art. 703 N 1; Wydler 25; Schett 121. Zum notwendigen Inhalt des Protokolls vgl. aber nachfolgend N 125.

431 Haefliger 94; Schett 121 m.w.H., 129; Bürgi, Art. 702 N 27; F. von Steiger a.a.O. 192. Insbesondere hat es keine privilegierte Beweiskraft wie die öffentlichen Urkunden gemäss ZGB 9 I, vgl. Schett a.a.O.

432 Haefliger a.a.O.

433 Haefliger 95; Schett 131; Bürgi a.a.O. N 27.

434 Vgl. ProtExp 1928, 322 wo festgehalten wird, das gesetzlich erforderliche Protokoll müsse deshalb nicht als Verhandlungsprotokoll ausgestaltet werden, weil es oft in der gleichen Sitzung genehmigt werde.

435 Schett 128; Haefliger 95; Bürgi a.a.O. N 26.

436 Schett 127.

lung, die Unterschrift des Vorsitzenden und die ziffernmässige Angabe der Abstimmungsergebnisse enthalten sein ⁴³⁷. Dabei ist genau festzuhalten, wieviele Stimmen für und wieviele gegen den Antrag abgegeben wurden. Auch die Stimmenthaltungen und Leerstimmen sind - je nach Quorum ⁴³⁸ - zu verzeichnen ⁴³⁹. Die Art der Abstimmung ⁴⁴⁰ sowie die gewählte Methode zur Ermittlung des Ergebnisses ⁴⁴¹ sollten dem Protokoll schlüssig zu entnehmen sein ⁴⁴². Im Falle der schriftlichen Abstimmung können die Stimmzettel auch dem Protokoll beigelegt werden, welche dadurch zum Bestandteil desselben werden ⁴⁴³. "Ein Genehmigungsrecht des Protokolls durch die GV besteht nicht. Eine ausdrückliche Genehmigung kann jedoch die Anfechtung der protokollierten Beschlüsse erschweren" ⁴⁴⁴.

124 Gemäss klarer Gesetzesvorschrift müssen nach geltendem Recht auch die **Einmannorgane** ⁴⁴⁵ ein Protokoll führen. Obwohl das künftige Recht diese Vorschrift aufgehoben hat ⁴⁴⁶, ist m.E. auch im neuen Aktienrecht daran festzuhalten ⁴⁴⁷.

125 Da nach der hier vertretenen Ansicht auch dann ein Beschluss zustandekommt - falls die übrigen formellen Voraussetzungen gegeben sind -, wenn ein Quorum nicht erreicht wurde, sind auch diejenigen (negativen) Beschlüsse zu protokollieren, **welche das dafür erforderliche Quorum nicht erreicht haben** ⁴⁴⁸.

437 Haefliger a.a.O. Zur Problematik bei Tonbandaufnahmen vgl. Schett 128ff und Haefliger 96f.

438 Vgl. vorne RZ 89ff, 93 und 94.

439 Ebenso Schett 127 und Bürgi a.a.O. N 27. Unbestimmt Haefliger 95.

440 Vgl. vorne RZ 14ff.

441 Vgl. vorne RZ 45ff.

442 Schett 133 m.w.H. in Anm. 54.

443 Haefliger a.a.O.

444 Haefliger 96f; Bürgi, Art. 702 N 34f; von Greyerz, Aktiengesellschaft 188. Nicht beigelegt werden kann der von Haefliger weiter geäusserten Ansicht, dass eine Genehmigung des Protokolls an der nächstfolgenden Generalversammlung verspätet sei, ebenso Bürgi, Art. 702 N 31, 34.

445 Vgl. OR 715 II. Wegen dem Grundsatz der Einhaltung der aktienrechtlichen Formalakte auch bei Einmanngesellschaften gilt dies auch für die Generalversammlung, vgl. vorne § 1 RZ 50ff. Nicht beigelegt werden kann daher der Ansicht von Bürgi, dass Einmanngesellschaften die Protokollierung geradezu abzuraten ist (a.a.O. N 35 m.H. auf Wydler).

446 Vgl. E 715 und Botschaft 17.

447 Vgl. vorne § 1 RZ 50ff, 53.

448 Vgl. vorne § 1.

VI. VERKÜNDUNG DES BESCHLUSSES

126 Die Frage, ob der Verkündung des Beschlusses **konstitutive** oder **deklaratorische** Bedeutung für dessen Entstehung zukommt, ist umstritten⁴⁴⁹.

127 Nach der hier vertretenen Ansicht ist es zwar eine Pflicht der Verwaltung bzw. des Vorsitzenden, die Versammlung über das Zustandekommen und den Inhalt der gefassten Beschlüsse zu informieren^{450 451}, denn "die Bekanntgabe des Ergebnisses ist der notwendige **Schlussakt** jeder Abstimmung"⁴⁵². Indessen kann dem Vorsitzenden nicht eine solche **Entscheidungsmacht** zugebilligt werden, dass erst seine Verkündung einen Beschluss entstehen lässt und dass diese auch dann massgebend ist, wenn sie falsch ist, weil er z.B. aus dem richtig ermittelten Zählergebnis einen falschen Schluss gezogen hat⁴⁵³ oder dieses unvollständig oder unrichtig mitteilt⁴⁵⁴. Auch wenn die Theorie, wonach das verkündete Ergebnis immer massgebend ist, bzw. der Beschluss, so wie er verkündet wurde, gültig ist⁴⁵⁵, der Rechtssicherheit dient⁴⁵⁶, so resultiert daraus ein Anfechtungszwang⁴⁵⁷, "ohne dass die Möglichkeit eingeräumt wird, die Differenzen betreffend das Abstimmungsergebnis selber zu bereinigen"⁴⁵⁸. Wenigstens **vor der Eintragung ins Handelsregister**⁴⁵⁹ "sollte daher den Aktionären und der Verwaltung die Gelegenheit zu einer einvernehmlichen Richtigstellung des Abstimmungsergebnisses geboten werden"^{460 461}. Bei den **nicht einzutragenden, aber öffentlich zu beurkundenden**⁴⁶² und für die **übrigen Beschlüs-**

449 Vgl. dazu insbesondere Geilinger 20ff; Jacusiel 22ff; Landolt 175; Mielke 116 Anm. 10; Stebler 18f.

450 Haefliger 93; Schett 115; Jäggi, Abstimmungsverfahren 322.

451 Ansonsten wäre das Anfechtungsrecht des Aktionärs u.U. in Frage gestellt, falls der Inhalt eines Beschlusses unklar ist. Nicht notwendig, aber empfehlenswert ist die zusätzliche Bekanntgabe der ziffernmässigen Feststellung der Stimmverhältnisse, Schett 115 m.w.H.; Haefliger 93f.

452 Schett 115.

453 Vgl. Jäggi, Abstimmungsverfahren 323.

454 Vgl. Jäggi a.a.O.

455 Vgl. Schett 115.

456 So U.G. Frei 56 und Haefliger 94.

457 Es müsste der entsprechende Beschluss sodann nach OR 706 angefochten werden.

458 Schett 115.

459 Vgl. sogleich RZ 130ff.

460 Betreffend den davon zu unterscheidenden **Widerruf** von Beschlüssen vgl. ausführlich Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 115ff und von Steiger a.a.O. 196.

461 Schett 115f.

462 Wegen der lediglich beweis- und aktionärsschutzrechtlichen Wirkung der öffentlichen

se ⁴⁶³ ist dies m.E. allenfalls verbunden mit einer **Neubeurkundung** jederzeit möglich. Für die lediglich **deklaratorische Wirkung** der Verkündung spricht auch die von Jäggi geäußerte Erwägung, dass bei Abstimmungen, welche ja rechtserhebliche Erklärungen sind, rechtserheblich das ist, was **wirklich erklärt** wurde. "So gut wie nach Jahr und Tag auf Feststellung geklagt werden kann, dass ein bestimmter Vertrag abgeschlossen oder nicht abgeschlossen wurde, so gut muss eine solche Klage betreffend das Zustandekommen eines Beschlusses zulässig sein. Einzig der Richter kann rechtskräftig feststellen, ob ein Beschluss zustandegekommen ist oder nicht" ⁴⁶⁴.

128 Ein positiver Beschluss, m.a.W. die darin vorgesehene Rechtsveränderung, kommt daher mit Ausnahme der nachfolgend in RZ 129 erwähnten Beschlüsse grundsätzlich schon in dem Moment zustande, in welchem das **dafür erforderliche Quorum erreicht worden ist**, d.h. die erforderliche Anzahl Stimmen anwesend ist und/oder abgegeben wurde ⁴⁶⁵ ⁴⁶⁶. Der Erklärung des Protokollführers kommt lediglich **deklaratorische Beweisbedeutung** zu ⁴⁶⁷. Für **Statutenänderungsbeschlüsse** stellt das Gesetz aber weitere Formerfordernisse auf ⁴⁶⁸.

VII. OEFFENTLICHE BEURKUNDUNG

129 Gemäss OR und E 647 I muss über **jeden Beschluss**, der eine **Aenderung der Statuten** zum Gegenstand hat, eine öffentliche Urkunde errichtet werden. Wegen der Schutzfunktion dieses Formerfordernisses auch für die Aktionäre ⁴⁶⁹ selber ist daraus zu folgern, dass **sämtliche Statutenänderungsbeschlüsse der GV** und künftig auch diejenigen des **Verwaltungs-**

Beurkundung vgl. sogleich RZ 129ff.

463 Vgl. sogleich RZ 129ff.

464 Jäggi a.a.O. 323f; vgl. auch Schilling 263 und F.von Steiger, Aktiengesellschaft 187.

465 Ebenso F. von Steiger, a.a.O. 195: "Generalversammlungsbeschlüsse werden allgemein wirksam in dem Moment, da sie rechtsgültig gefasst sind ...". und Schilling a.a.O.; vgl. auch Forstmoser a.a.O. § 7 N 110 sowie Gerhard 66 und Siegwart Art. 647 N 12 und Schulthess 64; Stebler 38; Hofer 28; Wydler 89; Funk Art. 716 N 2.

466 Und zwar - entsprechend der Wirkung eines Beschlusses (vgl. vorne § 1 RZ 36) - mit Wirkung sowohl für die anwesenden, wie auch für die abwesenden, die zustimmenden wie auch die nicht zustimmenden Aktionäre, vgl. auch Forstmoser a.a.O.

467 Vgl. Jäggi a.a.O. und Schilling a.a.O.

468 Vgl. OR 647; zu deren Wirkung vgl. nachfolgend RZ 129ff.

469 Vgl. Forstmoser a.a.O. § 9 N 139. Daneben steht die Beweissicherung im Vordergrund, vgl. Forstmoser a.a.O.

rats, die statutenändernde Wirkung haben (vgl. E 647 i.V.m. 651a I und 653g), ⁴⁷⁰ intern erst mit der öffentlichen Beurkundung entstehen, dass diese also für diese Beschlüsse Konstitutivwirkung hat und ein Gültigkeitserfordernis darstellt ^{471 472 473 474}.

VIII. HANDELSREGISTEREINTRAG

130 Wie ihre **Gründung**, so muss die Aktiengesellschaft auch **alle Aenderungen bezüglich registrierter Tatsachen** eintragen lassen ⁴⁷⁵. Dementsprechend ist die Verwaltung verpflichtet, jede Statutenänderung, z.B. Beschlüsse über Kapital- oder Zweckänderungen sowie etwa auch personelle Wechsel in Verwaltungsrat und Kontrollstelle, eintragen zu lassen ⁴⁷⁶. Dem Registereintrag kommt eine Reihe von eigenen Funktionen zu, die aber mit dem Beschluss selber in bezug auf das Verhältnis der Mitglieder zur Gesellschaft - mit Ausnahme der Gründung und derjenigen Beschlüsse, welche Innen- und Aussenwirkung zeitigen ⁴⁷⁷ -, nichts zu tun haben, sondern lediglich die Beziehung der Gesellschaft zu **Dritten** betrifft:

131 Einmal entfaltet er **positive und negative Publizitätswirkung** ⁴⁷⁸, wonach Dritte nicht einwenden können, sie hätten die eingetragene und pu-

470 Zur Sitzverlegung durch den Verwaltungsrat in Krisenzeiten vgl. insbesondere Forstmoser, a.a.O. § 9 N 162 und § 4 N 158.

471 Vgl. Funk Art. 637 N 1, Art. 703 N 1; Weber 74f; Schucany Art. 637 N 1; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 118, unklar jedoch 195. Unklar diesbezüglich auch Forstmoser a.a.O. § 7 N 110, wo nicht klar wird, ob mit der gewählten Formulierung "nach der Beschlussfassung" auch die öffentliche Beurkundung zu subsumieren ist oder nicht. Vgl. auch Gerhard 66 und Siegwart Art. 647 N 14ff, welche diese Unterscheidung ebenfalls nicht vornehmen.

472 Zum Beurkundungsverfahren vgl. Siegwart Art. 637 N 1ff; Forstmoser, Aktienrecht § 9 N 147ff; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 118ff.

473 Zur externen Wirkung vgl. nachfolgend RZ 132.

474 Der Handelsregisterführer hat daher die Eintragung solcher Statutenänderungsbeschlüsse abzulehnen, welche nicht öffentlich beurkundet worden sind sowie auch dann, wenn sie von einer unzuständigen Urkundsperson protokolliert worden sind, vgl. F. von Steiger a.a.O.

475 OR 937; HRV 59 I und Forstmoser, Aktienrecht § 11 N 6 und 49.

476 Diese Beschlüsse bewirken immer auch eine Statutenänderung; vgl. OR und E 626 Ziff. 1-7 und Forstmoser, a.a.O. § 15 N 297 und § 11 N 12 und 99. Dies folgt aus einer analogen Anwendung von OR 722 I, vgl. die Nachweise bei Forstmoser a.a.O. N 2. Zum Verfahren vgl. Forstmoser a.a.O. § 11.

477 Vgl. nachfolgend RZ 132.

478 Vgl. OR 647 II und 933 I. und II und dazu die Nachweise bei Forstmoser, a.a.O. § 11 N 120 und 121.

blizierte Tatsache nicht gekannt und wonach eine vorschriftswidrig nicht eingetragene Tatsache einem Dritten nur dann entgegengehalten werden kann, wenn der Nachweis erbracht wird, dass sie ihm bekannt war⁴⁷⁹. Weil es sich um einen Eintrag in ein öffentliches Register handelt, kommt ihm gemäss ZGB 9 I beweisverstärkende Wirkung zu⁴⁸⁰. Ob dem Handelsregistereintrag auch öffentlicher Glaube zukommt und sich damit gutgläubige Dritte generell auf die Richtigkeit der Eintragung verlassen dürfen, ist umstritten⁴⁸¹. Die Judikatur bejahte dies bisher nur in Einzelfällen⁴⁸². Teilweise kann daher der Schutz des öffentlichen Glaubens angerufen werden⁴⁸³.

132 Entfaltet eine Statutenänderung **reine Aussenwirkung**, so wird sie erst unmittelbar mit der Eintragung ins Handelsregister wirksam, so etwa Aenderungen der Vertretungsordnung etc⁴⁸⁴. Dasselbe gilt nach der Praxis des Bundesgerichts für Statutenänderungen mit sowohl **Innen- wie auch Aussenwirkung**, wie etwa eine Sitzverlegung^{485 486}. Der Handelsregistereintrag hat hier also bezüglich der entsprechenden positiven Beschlüsse, bzw. Rechtsveränderungen vollumfänglich **Konstitutivwirkung**⁴⁸⁷. Die Statutenänderungen mit **reiner Innenwirkung**, z.B. die Einführung, Aufhebung oder Abänderung von Quorumsbestimmungen, welche naturgemäss lediglich die Rechtsstellung des Aktionärs und die Organisation der Gesellschaft betreffen⁴⁸⁸, sind sofort nach der öffentlichen Beurkundung des entsprechenden positiven Beschlusses wirksam⁴⁸⁹. Der Handelsregistereintrag

479 Vgl. Forstmoser a.a.O.

480 Forstmoser a.a.O. N 125.

481 Vgl. die Nachweise bei Forstmoser a.a.O. § 11 N 127 und Anm. 221.

482 Vgl. Forstmoser a.a.O. Anm. 222 m.w.H.

483 "Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Eintragung rechtsbegründende Wirkung zukommt und die öffentliche Erklärung aus Gründen wesentlicher Drittinteressen als richtig angenommen werden muss" Meier-Hayoz/Forstmoser § 5 N 64; vgl. auch BGE 104 II 322 E 2a.

484 Vgl. OR und E 647 III und Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 112.

485 Vgl. Forstmoser a.a.O. § 7 N 112 und BGE 84 II 40f.

486 Vgl. BGE 84 II 40; vgl. dazu kritisch W. von Steiger in ZBJV 96 (1960) 7ff und Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 114. Diese Kritik ist auch aufgrund des Wortlautes von OR 647 III berechtigt. Dort wird festgestellt, die Statutenänderungsbeschlüsse würden "auch" Dritten gegenüber mit dem Handelsregistereintrag wirksam. Damit wird m.E. davon ausgegangen, intern seien diese schon vorher gültig.

487 Vgl. Forstmoser a.a.O.

488 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 10ff, 25.

489 Forstmoser a.a.O. N 110, welcher die öffentliche Beurkundung jedoch nicht erwähnt, vgl. dazu vorne RZ 129.

entfaltet hier keine konstitutive, sondern lediglich **deklaratorische** Wirkung^{490 491 492}.

133 **Differenzen betreffend das Abstimmungsergebnis** können nach der Eintragung nicht mehr einfach durch Absprache zwischen dem Vorsitzenden bzw. der Verwaltung und den Mitgliedern bereinigt werden, weil der Eintrag nach aussen nun die in RZ 131 und 132 beschriebenen Wirkungen zeitigt⁴⁹³. Ist eine Rechtsveränderung eingetragen worden, obwohl sich nachträglich herausstellt, dass das dafür erforderliche Quorum nicht erreicht worden war, so kann dieses Traktandum der **Versammlung entweder erneut zur Abstimmung vorgelegt werden**, wobei im Fall der Ablehnung der Eintrag **zu berichtigen ist bzw. - wenn Dritte tangiert sind - eine Neueintragung zu erfolgen hat**⁴⁹⁴. Falls eine erneute Abstimmung innert vernünftiger Frist nicht möglich ist, so kann die Berichtigung - unter Vorbehalt der Rechte Dritter⁴⁹⁵ - sofort vorgenommen und eine später beschlossene Rechtsveränderung in derselben Sache nachher wieder angemeldet werden⁴⁹⁶.

134 Gemäss OR 940 I hat der Handelsregisterführer vor der Eintragung zu prüfen, "ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind." Insbesondere soll geprüft werden, "ob die Statuten **keinen zwingenden Vorschriften widersprechen** und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen"⁴⁹⁷.

135 Der **Umfang dieser Kognition** ist unterschiedlich, indem die formellen Voraussetzungen⁴⁹⁸ umfassend, die materiellen hingegen nur auf

490 Forstmoser a.a.O.; unklar von F. von Steiger, Aktiengesellschaft 195.

491 Dasselbe gilt auch für die Bestellung von Verwaltungsräten, Direktoren und Prokuristen sowie für Kapitalerhöhungen und die Auflösung der Gesellschaft, vgl. Forstmoser a.a.O. § 11 N 118, § 15 N 310; vgl. auch Siegwart Art. 647 N 12 und BGE 60 I 251.

492 Betreffend den Beginn der Wirksamkeit der übrigen, nicht ins Handelsregister einzutragenden GV-Beschlüsse (z.B. Beschluss über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage der Gesellschaft, vgl. OR und E 754 I); vgl. hinten § 8 RZ 12.

493 Vgl. vorne RZ 130ff.

494 So kann z.B. eine Kapitalerhöhung schon nach dem Feststellungsbeschluss der GV nur noch durch *contrarius actus* und somit **ex nunc** aufgehoben werden, vgl. ausführlich dazu Forstmoser, Aktienrecht N 322ff. m.w.H.

495 Vgl. dazu oben RZ 131f.

496 Zur Berichtigung vgl. HRV 8 III.

497 Vgl. OR 940 II und HRV 21.

498 Etwa Fragen der Zuständigkeit, der formellen Korrektheit der Belege etc. vgl. Forstmoser a.a.O. § 11 N 57.

offensichtliche Mängel und auf die Vereinbarkeit mit bestimmten qualifizierten Rechtsnormen hin geprüft werden sollen ⁴⁹⁹. Der Handelsregisterführer darf eine Eintragung aus materiellrechtlichen Gründen nur abweisen, wenn eine **offensichtliche und unzweideutige Rechtswidrigkeit** vorliegt ⁵⁰⁰. "Wo eine mehrfache Auslegung möglich ist, oder die Frage der Rechtsverletzung nicht liquid ist, muss eingetragen werden und die Entscheidung der Richter aufgrund einer Klage vorbehalten bleiben" ⁵⁰¹.

136 So kann der Registerführer z.B. nicht einschreiten bei blossen **Statutenverletzungen** sowie dann, wenn lediglich **dispositive Gesetzesbestimmungen** nicht eingehalten wurden ⁵⁰². "Aber selbst bei der Verletzung von eindeutig zwingendem Recht darf der Handelsregisterführer nur einschreiten, wenn dieses zur Wahrung der öffentlichen Interessen oder im Interesse Dritter statuiert worden ist und nicht bloss die direkt Beteiligten betroffen sind" ⁵⁰³. Die Frage, ob zwingendes Recht im öffentlichen Interesse oder nur zum Schutze von einzelnen Privaten aufgestellt worden ist, wird in der Praxis uneinheitlich entschieden ⁵⁰⁴. Grundsätzlich geht diese davon aus, dass **Beschlüsse mit Nichtigkeitsgründen** nicht und solche, welche bloss **angefochten** werden könnten, dennoch einzutragen sind und der Registerführer nicht einschreiten darf ⁵⁰⁵. Die "Sanktion" betreffend die Verletzung von Quorumsbestimmungen wird von der Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt ⁵⁰⁶. Die ältere Praxis erachtet Beschlüsse, welche zwingende gesetzliche Quorumsbestimmungen nicht erreichen als nichtig ⁵⁰⁷, wogegen die "neuere" Rechtsprechung solche "lediglich" als anfechtbar qualifiziert, weil auch die zwingenden Quoren nicht zum Schutze Dritter, sondern lediglich zum Schutz der Mitglieder der Gesellschaft normiert worden seien ⁵⁰⁸. Wie vorne gezeigt wurde ⁵⁰⁹, trifft letzteres zu: Quoren dienen in

499 Forstmoser a.a.O. § 11 m.w.H.

500 Vgl. Forstmoser a.a.O. § 11 N 69 und die Bemerkungen zur Praxis der Registerämter in Anm. 109. Das Bundesgericht bekennt sich aber zur hier vertretenen einschränkenden Formulierung, vgl. BGE 107 II 246 ("Index-Management"-Entscheid) und auch Funk Art. 648 N 1.

501 Forstmoser a.a.O. § 11 N 69 und etwa BGE 100 Ib 38, 91 I 362, 85 I 64, 78 I 450, 67 I 111.

502 Vgl. Forstmoser, a.a.O. § 11 N 71f.

503 Forstmoser a.a.O. N 72.

504 Vgl. die Beispiele bei Forstmoser a.a.O. N 73.

505 Vgl. dazu Rohrer 15ff.

506 Vgl. dazu hinten § 6.

507 Vgl. den Entscheid in ZBGR 25 (1944) Nr. 3 sowie BGE 78 III 43.

508 Vgl. BGE 80 II 278, 86 II 88, 93 II 35 sowie etwa Forstmoser a.a.O. § 11 N 117.

509 Vgl. vorne § 3 RZ 8ff.

verschiedener Hinsicht ⁵¹⁰ dem **Minderheiten- und Aktionärsschutz**, allenfalls auch dem **Schutze der Gesellschaft** ⁵¹¹, **niemals aber bezwecken Quoren, Dritte zu schützen, weil diese davon gar nicht betroffen sind** ⁵¹². Deshalb hat der Registerführer die Einhaltung von Quorumsbestimmungen grundsätzlich nicht zu überprüfen, selbst dann nicht, wenn es sich um zwingende gesetzliche Quoren handelt ⁵¹³. Ist aber ein diesbezüglicher Mangel **offensichtlich** ⁵¹⁴, so ist er **berechtigt**, das Eintragungsbegehren zurückzuweisen. Obwohl der entsprechende Beschluss nämlich gültig und einfach negativ ist, wenn eine Quorumsvorschrift nicht erreicht wurde, ⁵¹⁵ so ist die einzutragende Rechtsveränderung in einem solchen Fall von Anfang an nicht zustandegekommen (z.B. Wahl von Verwaltungsrat, Kapitalerhöhung, Ausgabe von Stimmrechtsaktien, Zweckänderung) und der dennoch erfolgte Eintrag daher unrichtig. Allenfalls kann dieser Mangel aber geheilt werden ⁵¹⁶. Zur Prüfung der Einhaltung der gesetzlichen Anwesenheits- und Stimmenquoren ist er aber aus den oben erwähnten Gründen **nicht verpflichtet** ⁵¹⁷.

IX. ZUSAMMENFASSUNG

137 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine **Rechtsveränderung**, welche in Beschlussform zu erfolgen hat, mit Ausnahme der Statutenänderungen **in dem Zeitpunkt entsteht**, in welchem sich die dafür **erforderliche Anzahl Stimmen** (allenfalls unter der Präsenz einer gewissen Anzahl Stimmen) ⁵¹⁸ in einem formrichtig zustandegekommenen Beschluss

510 Vgl. vorne a.a.O.

511 Vgl. vorne § 3 RZ 3ff.

512 Vgl. vorne § 1 RZ 10ff, 25.

513 Vgl. - freilich mit einer anderen Begründung - auch Forstmoser a.a.O. § 11 N 117.

514 So ist der Anwendungsbereich des Quorums von OR 648 I vor allem hinsichtlich der "Einführung von Stimmrechtsaktien" nicht eindeutig und die Abklärung diesbezüglicher Fragen mit Schwierigkeiten verbunden (vgl. hinten § 7 RZ 117ff). Deshalb hat der Registerführer einen (positiven) Beschluss, welcher inhaltlich in den Anwendungsbereich dieser Norm fallen könnte, selbst dann einzutragen, wenn er der Ansicht ist, das Quorum wäre einzuhalten gewesen und sei tatsächlich nicht eingehalten worden. Handelt es sich dagegen z.B. eindeutig um einen Fusionsbeschluss und ist das Präsenzquorum von OR 649 I offensichtlich nicht eingehalten worden, so ist der Registerführer, falls er dies merkt, zur Verweigerung der Eintragung des entsprechenden Beschlusses berechtigt, er braucht die Einhaltung dieses Quorums aber von sich aus nicht zu überprüfen.

515 Vgl. hinten § 6.

516 Vgl. vorne RZ 131 ff.

517 Vgl. Forstmoser a.a.O. und § 7 N 59.

für den entsprechenden Antrag ausspricht⁵¹⁹. Lediglich intern wirkende Statutenänderungen⁵²⁰ bedürfen zusätzlich der öffentlichen Beurkundung des Beschlusses, extern und intern wie auch extern wirkende eines Handelsregistereintrages⁵²¹. Der Verkündung⁵²² und Protokollierung⁵²³ des Beschlusses kommt im Verhältnis der Gesellschaft zu den Mitgliedern lediglich deklaratorische Beweisbedeutung zu⁵²⁴. Wurde ein Beschluss **unrichtig verkündet**, so können die Aktionäre und die Verwaltung dies - allenfalls verbunden mit einer Protokollberichtigung und einer neuen öffentlichen Beurkundung - **bis zum Handelsregistereintrag selber berichtigen**⁵²⁵. Bei Beschlüssen, für welche dieser Eintrag keine Konstitutivwirkung entfaltet bzw. bei solchen, welche überhaupt nicht eingetragen werden müssen, ist dies nach der hier vertretenen Ansicht **jederzeit** möglich⁵²⁶. Nach dem Handelsregistereintrag ist eine Korrektur - wenn überhaupt - nur noch mit einer **Registerberichtigung bzw. Neu-Eintragung**, allenfalls verbunden mit einer Vereinbarung durch contrarius actus möglich⁵²⁷. Ist das Zustandekommen nachträglich strittig, so kann eine entsprechende **Feststellungsklage** erhoben werden, womit darüber dann der Richter entscheidet⁵²⁸. Eine Anfechtungsklage hat in einem solchen Fall nicht zu erfolgen⁵²⁹.

518 Vgl. vorne § 1 RZ 25.

519 Vgl. vorne RZ 126ff, 128.

520 Vgl. vorne RZ 132.

521 Vgl. vorne RZ 132.

522 Vgl. vorne RZ 126ff.

523 Vgl. vorne 122ff.

524 Vgl. vorne RZ 123 und 128.

525 Vgl. vorne RZ 127.

526 Vgl. vorne RZ 127.

527 Vgl. vorne RZ 133.

528 Vgl. vorne RZ 127.

529 Vgl. vorne a.a.O.

§ 5 ABWEICHUNGSMÖGLICHKEITEN VON DEN GESETZLICHEN UND INNERGESELLSCHAFTLICHEN QUOREN

I. GRUNDLAGEN

1 In diesem Kapitel geht es nicht darum, sämtliche "innergesellschaftlichen" Quoren und ihre Variationsmöglichkeiten innerhalb der Quorumsarten aufzuzeigen ¹. Vielmehr soll lediglich der **Rahmen** abgesteckt werden, innerhalb welchem solche Quoren rechtlich zulässig sind.

1. Rechtsquellen für Quorumsbestimmungen

a) Grundsatz

2 Das **Recht, welches für eine Aktiengesellschaft massgebend ist**, bildet sich in erster Linie aus den **zwingenden gesetzlichen Bestimmungen**, in zweiter Linie aus den **"selbsterzeugten Vorschriften"** ² und in dritter Linie aus den **subsidiären Gesetzesbestimmungen** ^{3 4}.

3 Die **"selbsterzeugten Vorschriften"** sind die **innergesellschaftlichen Rechtsgrundlagen**, also hauptsächlich Statuten, Reglemente, Observanz und Organbeschlüsse ^{5 6}.

b) Statuten

4 **Statuten** sind mit Hüppi als **"Komplexe von Rechtsnormen"** zu umschreiben, "die als **Verfassung von Körperschaften** funktionieren und ihren Geltungsgrund unmittelbar in der **Privatautonomie** haben" ⁷. Die Sta-

1 Vgl. vorne § 2.

2 Vgl. sogleich RZ 3.

3 König 13; Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N 12; Schett 108; Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 52; vgl. auch BGE 95 II 559.

4 Hier lässt das Gesetz selber der körperschaftlichen Rechtssetzung den Vortritt, vgl. Weber 28.

5 Vgl. dazu ausführlich Forstmoser, Aktienrecht § 7 und König 1ff.

6 Schuldvertragliche Abmachungen werden hier nicht weiter berücksichtigt, vgl. dazu Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N 23.

7 Hüppi 1; vgl. auch Wiedemann 159ff.

tuten sind also eine Art "Verfassung", das "Grundgesetz" der betreffenden Körperschaft ⁸ und sie beruhen auf rechtsgeschäftlicher Grundlage ⁹. Um ihre **Rechtsnatur**, d.h. um die Frage, ob sie Vertrags- oder Gesetzescharakter haben, dreht sich ein alter Theorienstreit, wobei heute **beide Komponenten** berücksichtigt werden ¹⁰.

5 Die **Kompetenz** zur Festsetzung und Aenderung der Statuten steht ausschliesslich der **Generalversammlung** zu ¹¹. Die Statuten entfalten primär **Wirkung nach innen**, indem sie die Organisation einer Körperschaft sowie die Rechte und Pflichten der Gesellschafter regeln ¹².

c) **Reglemente**

6 **Reglemente** sind mit Eigenmann zu definieren als "**schriftliche Zusammenfassungen von Verhaltensregeln der internen Körperschaftsordnung**, erlassen durch förmlichen Beschluss eines zuständigen Organes für jenen Bereich, der nicht schon durch Gesetz oder Statuten geordnet und den letzteren nicht zwingend vorbehalten ist" ¹³. Sie stellen in Angelegenheiten, die von **untergeordneter Bedeutung** sind oder nur für einen beschränkten Personenkreis in Betracht kommen, generelle Normen auf ¹⁴. Inhaltlich können die Reglemente unterteilt werden in **Organisations- und Geschäftsreglemente**. Während letztere Anweisungen für die geschäftliche Tätigkeit enthalten, normieren erstere Bestimmungen u.a. für die Organisation sowie insbesondere über die **Art der Beschlussfassung** (Abstimmungs- und Wahlmodus) ¹⁵. Jedes Organ hat grundsätzlich - auch ohne statutarische ¹⁶ Ermächtigung - das Recht, für sich oder für ein untergeordnetes Organ Reglemente aufzustellen ¹⁷. Eine Ausnahme besteht für Organisations-

⁸ Vgl. dazu Siegwart, Kommentar zu Art. 626 N 1.

⁹ Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N 1ff; Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 3.

¹⁰ Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N 8; Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 7 sowie etwa BGE 61 II 176 und 59 II 264. Die Frage stellt sich vor allem bei der Auslegung der Statuten, wobei hier von Fall zu Fall entweder der Norm- oder der Schuldvertragscharakter in den Vordergrund gestellt wird, vgl. dazu ausführlich hinten RZ 17 FN 73.

¹¹ Vgl. OR 698 II Ziff. 1.

¹² Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N 8; Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 7.

¹³ Eigenmann, SAG 24 (1951/52), 131; vgl. auch die Nachweise bei Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 146, FN 336.

¹⁴ Siegwart, Einleitung N 296.

¹⁵ Vgl. Forstmoser, a.a.O. § 7 N 148.

¹⁶ Vgl. nachfolgend 3.

¹⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N 24; König 67; Eigenmann 11, 16.

reglemente, zu deren Erlass der Verwaltungsrat gemäss OR 712 II einer statutarischen Ermächtigung bedarf¹⁸. Mit Forstmoser ist jedoch festzuhalten, dass dieser Vorbehalt nur bei Delegationen von Kompetenzen und Verantwortung anzuwenden ist¹⁹. Betreffend seine Beschlussfassung kann also auch der Verwaltungsrat - falls die Statuten nichts anderes bestimmen - selbständig entscheiden, d.h. er hat die **volle Organisationsautonomie**.

d) **Observanz**

7 **Innergesellschaftliche Observanz** ist nach h.L. als **verbandsinternes Gewohnheitsrecht** zu umschreiben²⁰. Es kann - gleich wie Gewohnheitsrecht - nur entstehen, wenn zwei Voraussetzungen gegeben sind, nämlich einmal eine längere Zeit andauernde, unangefochtene und ununterbrochene **Uebung**²¹ sowie die **Ueberzeugung** der Beteiligten, dass es sich bei dieser Uebung um eine rechtlich verbindliche Ordnung handle²² ²³.

e) **Organbeschlüsse**

8 Schliesslich stellen auch die **Organbeschlüsse** innergesellschaftliches Recht auf, wobei diese sich in den **Schranken der von den Statuten und den übrigen Rechtsquellen** gesetzten Ordnung zu halten **haben**²⁴.

2. **Das Verhältnis der gesetzlichen zu den von der Gesellschaft erzeugten Vorschriften**

9 **Absolut zwingend ausgestaltete staatliche Rechtsnormen gehen** - wie vorne gezeigt wurde - **den innergesellschaftlichen Rechtsgrundlagen vor**²⁵, wogegen die **"einseitig"** zwingenden und die **dispositiven** Gesetzes-

18 Vgl. dazu Forstmoser, a.a.O. § 7 N 154.

19 Vgl. Forstmoser a.a.O. N 155 und König 67.

20 Vgl. Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 165; König 77; Siegwart, Einleitung 380; F. v. Steiger Aktiengesellschaft 179; Weber 35; SAG 25 (1952/53) 179ff.

21 "**Inveterata consuetudo**", vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N 18.

22 "**Opinio necessitatis**", vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz a.a.O.

23 Vgl. dazu auch BGE 84 I 95f; König 79.

24 Vgl. Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 76 und Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N 5; vgl. betreffend der Tragweite der GV-Beschlüsse insbesondere OR 721.

25 Hier hat das staatliche Recht gegenüber dem körperschaftlichen Recht derogierende Wirkung, vgl. Weber 28 und Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 52, Bürgi Art. 703 N 21 sowie etwa BGE 95 II 559.

bestimmungen durch die von der Gesellschaft erzeugten Vorschriften - allenfalls auch nur in einer Richtung ²⁶ - **ausser Kraft gesetzt werden können** ²⁷. Die zwingenden Vorschriften bilden somit den **Rahmen**, innerhalb welchem die Körperschaft eigenes Recht setzen kann ²⁸.

10 Oft ist der zwingende oder dispositive Charakter einer Norm schon durch ihren **Wortlaut** klar festgelegt ²⁹. Im Bereich der Quorumsbestimmungen für die Generalversammlung trifft dies **fast immer** zu: ³⁰ Eindeutig **zwingend** sind im schweizerischen OR einzig die Präsenz-/Stimmenquoten der Artikel 636 ³¹, 648 I und 657 V (sowie E 657 IV) ³² sowie die Einstimmigkeitsquoten der Artikel 623 II und 646 I und das Kopfquorum von Artikel 638 II und E 629 II und schliesslich die Stimmenquoten von Artikel 635 III sowie E 704 I und die Präsenzquoten von OR und E 701 und OR 716 sowie E 713 II ³³, weil diese Quoren vom Gesetzeswortlaut "**imperativ**" als unabänderlich festgesetzt wurden ³⁴ ³⁵. Diejenigen Bestimmungen, welche die Formulierung "mindestens" enthalten, qualifizieren die in ihnen enthaltenen Quoren aber nicht als absolut, sondern lediglich als **relativ, einseitig zwingend** in dem Sinn, dass sie durch innergesellschaftliches Recht zwar nicht erleichtert, jedoch noch weiter erschwert werden können ³⁶. Dies entspricht auch dem Hauptzweck der erschwerten Quoren, welcher im **Minderheiten- und Gesellschaftsschutz** besteht und welcher durch weitere Erschwerungen nicht aufgehoben, sondern - weil eine immer kleinere Minderheit die Rechtsveränderung **verhindern** kann ³⁷ - in einem gewissen Sinn

26 Vgl. zu den einseitig zwingenden Normen sogleich RZ 10.

27 Hier lässt das Gesetz selber der körperschaftlichen Rechtsetzung den Vortritt, vgl. Weber a.a.O.

28 Schett 108.

29 Forstmoser, Aktienrecht § 7 RZ 53f.

30 Mit Ausnahme von E 713 I, vgl. dazu hinten § 10 RZ 2ff.

31 Diese Norm gilt auch für Kapitalerhöhungen, vgl. OR 650 II und hinten § 7 RZ 260ff.

32 Vgl. dazu hinten § 7 RZ 107ff.

33 Vgl. hinten § 7 RZ 38ff und § 8 RZ 34ff.

34 "... sind einer besonderen Beschlussfassung zu unterstellen, die mindestens die Stimmen von ... auf sich vereinigen **muss**" (OR 636) bzw.: "Sollen der Gesellschaftszweck umgewandelt werden oder ... so muss der Beschluss mindestens die Stimmen von ... auf sich vereinigen (OR 648 I). Befehlsgesetze mit Indikativ im Wortlaut sind Indizien für den zwingenden Charakter einer Norm, vgl. Herold 68 und Strub 42 ff.

35 Vgl. auch die Beispiele bei Forstmoser § 7 N 5 FN 126 und Siegwart Art. 627 N 14.

36 Diese Quoren werden daher auch als "Mindestquoten" bezeichnet, vgl. dazu Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 81; Siegwart, Art. 648 N 13; Weber 57ff; Bürgi Art. 703 N 20ff; Hensel 163f; Bartomé 57ff; Zehnder 98; Tappolet 16; D. Wehrli 80.

37 Vgl. hinten § 3 RZ 3ff, 8ff.

verstärkt wird ³⁸ ³⁹. Dies trifft nur für die Quoren von OR 635 III, 636, 648 I sowie E 704 I und wohl auch für OR 657 V und E 657 IV zu. Die Quorumsbestimmungen von OR 623 II, 638, 646 I, 701 und 716 sowie E 629 II, 701 und 713 II sind aufgrund einer systematischen Auslegung als absolut zwingend auszulegen. ⁴⁰ Diese Einstimmigkeitsquoren sind bereits maximal erschwert, weitere Erschwerungen daher nicht möglich ⁴¹.

11 **Maximale Erleichterungen** z.B. durch die Bestimmung, dass 10% des Grundkapitals die in diesen Normen vorgesehene Rechtsveränderung beschliessen könnte, wären dagegen wiederum ein **taugliches Minderheitenschutzmittel** ⁴², jedoch ist diese Möglichkeit durch den zwingenden Charakter dieser Normen ausgeschlossen ⁴³. Aktienzahlquoren sind sodann in den in OR und E 699 III bezeichneten Fällen unwirksam und es entscheidet das Kapitalquorum.

12 Eindeutig **dispositiv** sind **sämtliche übrigen gesetzlichen Quorumsbestimmungen**, weil dort jeweils bestimmt wird, diese seien nur dann anzuwenden, falls die Statuten nichts anderes bestimmten ⁴⁴.

13 Die sog. "**Minderheitsverlangen**" von **OR und E 699 III und 736 I Ziff. 4** ⁴⁵, wonach eine Minderheit von 10% bzw. von 20% des Grundkapitals mit dem Begehren auf Einberufung einer Generalversammlung bzw. auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen an den Richter gelangen kann, enthalten zwar keine Quorumsbestimmungen im eigentlichen Sinn ⁴⁶, da kein formelles Abstimmungsverfahren vorangehen muss und die entsprechende Beschlussfassung nicht in einer formrichtig einberufenen Generalversammlung, sondern auch ausserhalb derselben stattfinden kann. Jedoch ist zu den hier für die Aktivlegitimation verlangten Bruchteilen des Grund-

38 Vgl. dazu Fröhlich 76 ff, 78.

39 Ein Vorbehalt ist allerdings betreffend die Einstimmigkeitsquoren zu machen, welche - als "maximale Erschwerungen" - hauptsächlich den Aktionärs- nicht aber den Gesellschaftsschutz bezwecken, vgl. vorne § 3 RZ 29ff, 45ff.

40 Vgl. dazu Fröhlich a.a.O. und Herold a.a.O.

41 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 54.

42 Vgl. hinten § 3 RZ 36ff.

43 Vgl. vorne RZ 10.

44 Vgl. OR 649 I und II, 655, 658 und 703 sowie E 703. Dies trifft auch auf E 713 I zu, vgl. hinten § 10 RZ 2 ff.

45 Vgl. dazu schon § 1 RZ 75.

46 Vgl. vorne § 3 RZ 36.

kapitals zu erwähnen, dass diese Vorschriften m.E. ebenfalls aufgrund einer Auslegung nach der "ratio legis" ⁴⁷ als **einseitig zwingend** zu qualifizieren sind und zwar in dem Sinne, dass sie - umgekehrt zu den einseitig zwingenden ⁴⁸ gesetzlichen Quoren - **statutarisch nur noch weiter erleichtert, nicht jedoch erschwert werden können** ⁴⁹. Nur auf diese Art kann der hier vorgesehene gesetzliche Minderheitenschutz ganzheitlich durchgesetzt werden.

14 Die AG kann also sämtliche Generalversammlungsquoren mit Ausnahme der in OR 636 (und 650 II) 648 I, 623 II, 635 III, 646 I, 638, 657 V, 701 und 716 sowie in E 629 II, 657 IV, 701, 704 I und 713 II normierten Quoren in erschwerendem oder erleichterndem Sinn abändern ⁵⁰. Die einseitig zwingenden Quoren von OR 635 III, 636, 648 I, 657 V, E 657 IV und 704 I **noch weiter erschwert, nicht aber erleichtert werden** ⁵¹.

15 Gemäss **OR 627 Ziff. 11** gehören "Bestimmungen, nach denen die Generalversammlung ausser den im Gesetz vorgesehenen Fällen nur mit qualifizierter Mehrheit Beschluss fassen kann" zum sog. **bedingt notwendigen Statuteninhalt**. Bei diesem handelt es sich um solche Bestimmungen, die nur dann in die Statuten aufgenommen werden müssen, wenn eine **von der dispositiven gesetzlichen Ordnung abweichende Regelung getroffen werden soll** ⁵². Umgekehrt folgt daraus aber auch, dass in diesem Bereich nur **statutarisch** von den gesetzlichen Quoren abgewichen werden kann und eine Regelung ausserhalb der Statuten etwa durch Delegation auf die Reglements- oder Beschlusstufe unzulässig und daher unverbindlich ist ⁵³ ⁵⁴. Häufig werden in den Statuten zwingende oder dispositive **Gesetzesbestimmungen auch wörtlich wiederholt**. Solche Statutenbestimmungen zeitigen aber grundsätzlich keine Wirkungen ⁵⁵. Immerhin haben sie ihre Funktion

47 Vgl. dazu vorne a.a.O.

48 Vgl. dazu vorne RZ 10.

49 Ebenso: Wiedemann 420: "... denn wenn der Gesetzgeber das zugrundeliegende Individualrecht schon dadurch verkürzt, dass es nur gebündelt oder mit bestimmter Finanzkraft ausgeübt werden kann, so wird er eine Höchst- und nicht eine Mindestgrenze anstreben, bis zu der das Mitgliedschaftsrecht abgeschwächt werden darf" und Kemahlioglu 58.

50 Vgl. auch Weber 28f.

51 Vgl. vorne RZ 10.

52 Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 24; Bürgi Art. 703 N 20; Siegwart Art. 627 N 1ff.

53 Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N 26.

54 Zu dieser Unverbindlichkeit vgl. ausführlich Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 30ff.

55 Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N 18.

bei Gesetzesänderungen, indem sie diesbezüglich - innerhalb der neuen Schranken - vom Gesetz abweichendes "echtes" Statutarrecht bilden. Werden Bestimmungen, welche auf Reglementsstufe zu regeln wären und deshalb nicht zum bedingt notwendigen Statuteninhalt gehören, in die Statuten aufgenommen, so zeitigt dies ebenfalls grundsätzlich keine Wirkung. Es ist jedoch zu beachten, dass diese "unechten Statutenbestandteile" sodann - weil sie zum Statuteninhalt gehören - auch nur mit dem für Statutenänderungen normierten Quorum und somit allenfalls nur erschwert abänderbar sind ⁵⁶. Die in OR 627 Ziff. 11 normierte Aufzählung ist aber nicht ganz abschliessend ⁵⁷. Unter Ziff. 11 sind - über den Wortlaut hinaus - nämlich einmal **alle** Erschwerungen zu subsumieren, also auch besondere **Anwesenheitsquoten** ⁵⁸ sowie auch allfällige **Erleichterungen** der Beschlussfassung ⁵⁹. Der Vorbehalt zugunsten der Statuten bzw. die "Statuten-Formvorschrift" erstreckt sich also auch auf die Präsenz- ⁶⁰ und die Minderheitsquoten ⁶¹.

16 Keine Formvorschrift enthält das geltende Recht betreffend **Verwaltungsrats-Quorumsbestimmungen** ⁶². Daher hat die AG die **Wahl**, in welche innergesellschaftliche Rechtsform sie entsprechende Normen kleiden will ⁶³. Diese sind sodann auch nicht durch absolut oder relativ zwingende Gesetzesnormen beschränkt: Das **Gesetz** stellt selber nämlich mit Ausnahme von OR 716 und E 713 II sowie den Bestimmungen über die Universalversammlung **keine Quorumsvorschriften für die Beschlussfassung im Verwaltungsrat auf** ⁶⁴. Die AG hat diesbezüglich also grundsätzlich vollständige Regelungsfreiheit ⁶⁵. Im **Entwurf** findet sich dagegen in E 714 ein Vorbehalt zugunsten der Statuten und Reglemente. Nach künftigem Recht kann daher nur auf statutarischer und reglementarischer Basis vom künftig geltenden Quorum von E 713 I abgewichen werden ⁶⁶.

56 Vgl. hinten § 5.

57 Forstmoser a.a.O. § 7 N 24.

58 Forstmoser a.a.O. FN 54; Geilinger 44f; Siegwart Art. 627 N 11.

59 Vgl. vorne § 1 RZ 58ff.

60 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 59 und § 2 RZ 4ff.

61 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 59 und RZ 71ff sowie § 3 RZ 59ff.

62 Vgl. OR 707ff.

63 Vgl. dazu vorne RZ 3ff. Insbesondere kann der Verwaltungsrat auch ohne statutarische Ermächtigung Quoren seine Beschlussfassung in einem Reglement normieren, falls die Statuten keine Regelung enthalten. Vgl. dazu sogleich RZ 17.

64 Vgl. dazu vorne FN 60 und hinten § 8 RZ 34ff.

65 Vgl. sogleich RZ 17ff.

66 Vgl. Botschaft 176.

3. Das gegenseitige Verhältnis der von der Gesellschaft erzeugten Normen

17 Die **Reglemente** stehen zu den **Statuten** im gleichen Verhältnis wie **Verordnungen zu Gesetz und Verfassung** ⁶⁷. Wo das Gesetz die Statutenform vorschreibt ⁶⁸ oder wo eine statutarische Regelung besteht ⁶⁹, bleibt für die reglementarischen Bestimmungen kein Raum; sie werden durch die Statuten derogiert ⁷⁰ ⁷¹. Ist ein Quorum also in den Statuten enthalten, so kann es nur durch Statutenänderung beseitigt oder verändert werden ⁷² ⁷³. Ist es in einem Reglement enthalten, so ist i.d.R. wiederum das Reglement entsprechend abzuändern, um das entsprechende Quorum ausser Kraft zu setzen ⁷⁴. Weil aber die Observanz formfrei entsteht, kann sie auch durch einfachen Beschluss jenes Organes, innerhalb dessen sie entstanden ist, wieder aufgegeben werden ⁷⁵.

18 Wo weder in den Statuten noch in den Reglementen noch durch Observanz ein Quorum vorgesehen ist, kann die Versammlung entsprechend dem Grundsatz der Privatautonomie ⁷⁶ durch **einfachen Organbeschluss** von Fall zu Fall über das für die konkrete Beschlussfassung anzuwendende Quorum entscheiden. Häufiger ist heute aber wohl die Regelung durch **Ob-**

67 Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N 22; Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 147.

68 Vgl. OR 627 und 628 und vorne RZ 15.

69 Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N 25.

70 Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N 25; Forstmoser, Aktienrecht a.a.O.: "Während die Statuten eine Satzung erster Stufe darstellen, ist das Reglement gleichsam eine solche zweiter Stufe."

71 Sind in den Statuten aber z.B. nur Präsenzquoren enthalten, so steht es dem Verwaltungsrat i.d.R. frei, reglementarisch **Stimmenquoren** einzuführen. Allenfalls sind aber die Statuten auszulegen (vgl. hinten FN 73) herauszufinden, ob ein qualifiziertes Schweigen vorliegt, womit das **gesetzliche** Stimmenquorum anzuwenden wäre, vgl. hinten § 7 RZ 334ff.

72 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 11 N 31: "Wie im staatlichen Bereich auf das gesetzte Recht, so muss im innergesellschaftlichen Raum auf die statutarische Ordnung Verlass sein" (mit Hinweis auf BGE 94 I 308 f, wo Gesetzesderogierendes Gewohnheitsrecht als unzulässig erachtet wird).

73 Oft sind die Statuten daher **auszulegen**, vgl. dazu Meier/Hayoz, Vertrauensprinzip 12f und derselbe, zur Gesetzes- und Vertragsauslegung 231 sowie Hüppi I ff und 165 ff und von Tuhr/Peter 287 u.v.a.

74 Problematisch ist die Lehrmeinung, wonach reglementarische Bestimmungen von dem Organ, welches sie erlassen hat, formlos sollen aufgehoben werden können (Eigenmann 26; Zimmermann 48; kritisch Forstmoser § 7 N 158) vor allem im Hinblick auf die Schutzfunktion der Quoren (vgl. vorne § 3 RZ 3ff, 29ff). Darauf wird hier nicht weiter eingetreten.

75 Vgl. Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 175 m. Hinweis auf Siegwart, Einleitung N 299.

76 Vgl. vorne § 1 RZ 75, § 5 RZ 38.

servanz. ⁷⁷ Dies betrifft aber ohnehin nur den Verwaltungsrat, da für die Generalversammlung ein **Gesetzesvorbehalt zugunsten der Statuten** besteht ⁷⁸. Nach künftigem Recht kann auch der Verwaltungsrat auf dieser Ebene **keine** Quoren mehr normieren ⁷⁹.

II. ERSCHWERUNGEN

18a Die nachfolgenden Ausführungen über die Erschwerungen und Erleichterungen der Beschlussfassung mittels der Einführung, Aufhebung und Modifikation von Quorumsbestimmungen gelten für sämtliche dieser Transaktionen, seien sie auf statutarischer oder auf reglementarischer Basis bzw. auf derjenigen der Observanz oder von Organbeschlüssen ⁸⁰. In die letzteren drei Rechtsformen kann allerdings nur der **Verwaltungsrat** seine Quoren kleiden ⁸¹. Für dessen (positive) Beschlussfähigkeit und -fassung sind sodann im geltenden Recht mit Ausnahme von OR 716 und E 713 II keine Bestimmungen vorhanden ⁸². Sämtliche Ausführungen, welche sich nachfolgend auf **besondere gesetzliche Beschlussvorschriften der GV** beziehen, gelten daher **nicht grundsätzlich auch für Verwaltungsratsquoren**. Wie hinten zu zeigen sein wird, bestehen für diesen aber - wie für die GV - ausser den Bestimmungen über die Universalversammlung (und für Zirkulationsbeschlüsse) - **keine Präsenzquoren**. Als **allgemeines "gesetzliches" Beschlussquorum** ist sodann nach geltendem Recht ebenfalls dasjenige der GV, d.h. **OR 703 - modifiziert auf die Beschlussfassung der Verwaltung** - anzuwenden ⁸³. Nach künftigem Recht erhält auch der Verwaltungsrat ein "eigenes" Beschlussquorum, welches - wie OR 703 - dispositiv ist ⁸⁴. Die Ausführungen sind daher dort, wo nicht ein spezielles Quorum erörtert wird (vgl. zu diesem Begriff hinten § 7 RZ 341ff, 346) analog auch für die Quoren des Verwaltungsrats gültig. Wenn im folgenden Beschluss-(fassungs)-erschwerungen bzw. Beschluss-(fassungs)-erleichterungen erwähnt

⁷⁷ Vgl. dazu oben RZ 7.

⁷⁸ Vgl. vorne RZ 15 und § 1 RZ 59.

⁷⁹ Vgl. vorne RZ 16.

⁸⁰ Vgl. vorne RZ 4ff und Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 157 und Eigenmann 26; Bürgi Art. 712 N 49.

⁸¹ Vgl. vorne RZ 17f.

⁸² Vgl. vorne a.a.O.

⁸³ Vgl. hinten § 8 RZ 45ff.

⁸⁴ Vgl. hinten § 10 RZ 2ff.

werden, so sind darunter jeweils **durch eine Veränderung von Quoren verursachte** Erschwerungen bzw. Erleichterungen zu verstehen. Beschluss-(fassungs)-erschwerungen bzw. -erleichterungen werden daher im folgenden synonym verwendet.

1. Grundsatz

19 Innergesellschaftliche Erschwerungen ⁸⁵ der Beschlussfassung durch Aufnahme von qualifizierten Mehrheits- oder Einstimmigkeitsquoren ⁸⁶ in Form von Präsenz-, Stimmen-, oder gemischten Präsenz-/Stimmenquoren ⁸⁷ eignen sich vor allem für **kleine, personenbezogene Gesellschaften** ⁸⁸, z.B. bei Familien-AGen, oder für die Beschlussfassung im - ebenfalls personenbezogen ausgestalteten - **Verwaltungsrat** ⁸⁹, da hier i.d.R. die Einstimmigkeit oder zumindest die Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Mitglieder ⁹⁰ angestrebt wird und daher bezüglich der Beschlussfassung - wie bei den Personengesellschaften ⁹¹ - eine Annäherung an das **Vertragsrecht** erfolgt und der Austausch übereinstimmender Willenseklärungen angestrebt wird ⁹² ⁹³. Eine Gefahr besteht bei erschweren Quoren aber

85 Darunter wird primär eine gegenüber der für die konkrete Beschlussfassung von Gesetzes wegen anzuwendende (einseitig zwingende oder dispositive) innergesellschaftlich erschwerte Quorumsbestimmung verstanden. Entsprechend gelten diese Ausführungen aber auch für innergesellschaftlichen Modifikationen betreffend bereits vorhandene statutarische und reglementarische Quoren: Wurde dort gegenüber dem gesetzlichen Quorum eine Erleichterung für eine Beschlussfassung vorgesehen, so stellt deren Aufhebung und die (Wieder-) Unterstellung unter die gesetzliche Regelung, z.B. unter die allgemeine Beschlussnorm von OR 703 unter dem Gesichtswinkel des Gesetzes keine Erschwerung dar (weil die Gesetzesnorm, z.B. OR 703 hier die "Grundnorm", der "Massstab" ist). Jedoch ist dies aus dem Gesichtswinkel der ehemaligen innergesellschaftlichen Norm die **Einführung einer Quorumserschwerung** bzw. die Aufhebung einer statutarischen Quorumserleichterung und die nachfolgend dazu gemachten Ausführungen sind zu beachten. Vgl. auch Geilinger 52: "Von Verschärfung muss immer gesprochen werden, wenn zu den **bisherigen** andersartige oder wenigstens strengere Erfordernisse hinzutreten." (Hervorhebungen durch die Verfasserin). Vgl. auch Brunner 47.

86 Vgl. sogleich RZ 27ff.

87 Vgl. hinten § 3 RZ 2f, 4ff, 11ff.

88 Vgl. Brunner 41 m.w.H. und F. v. Steiger, Aktiengesellschaft 59f.

89 Vgl. dazu hinten § 8 RZ 6ff.

90 Da Kopfquoren im Recht der GV ausgeschlossen sind (vgl. vorne § 2 RZ 27ff) wird hier wohl eine qualifizierte Aktien- oder Kapitalmehrheit vorzusehen sein, welche gleichzeitig auch einer qualifizierten Kopfmehrheit entspricht. Da sich die Aktienzahl jedes Mitgliedes in kleinen Familiengesellschaften i.d.R. kaum verändert und die Aktien i.d.R. auch nicht verkauft und in Umlauf gebracht werden, kann nämlich u.U. durch Normierung eines Aktienzahl- oder Grundkapital-Stimmenmehr gleichzeitig ein Kopfstimmenmehr eingeführt werden, weil die Stimmzahl jedes Mitgliedes zum vorneherein feststeht.

91 Vgl. OR 534 II.

92 Vgl. aber hinten § 8 RZ 9ff.

ständig darin, dass einzelne Mitglieder - allenfalls aus querulatorischen oder erpresserischen Gründen - der Versammlung ständig fernbleiben und so die Fassung der notwendigen positiven Beschlüsse **verhindern**, womit die Gesellschaft **lahmgelegt** wird ⁹⁴.

20 Während die Einführung von innergesellschaftlichen Quorumerschwerungen betreffend das erforderliche Quorum i.d.R. unproblematisch ist ⁹⁵, bietet die **Beseitigung** von solchen diesbezüglich **Probleme**: "Man soll es sich also reiflich überlegen, bevor man unbefristete Erschwerungen beantragt oder beschliesst; der Rückweg ist jedenfalls jenen Gesellschaftern verschlossen, die keine Aussicht mehr darauf haben, jemals wieder zwei Drittel des Grundkapitals an einer Generalversammlung vereinigen zu können" ⁹⁶.

21 "Bei der Aufnahme besonderer Abstimmungserfordernisse in die Statuten dürfte im allgemeinen eine vorangehende Prüfung der konkreten Verhältnisse, deren zukünftige Entwicklung, der Anpassungsfähigkeit an mögliche Veränderungen, der Schutzwürdigkeit einer allfälligen Minderheit usw. im Vordergrund stehen" ⁹⁷.

2. Arten

22 Grundsätzlich kann - innerhalb des gesetzlichen Rahmens ⁹⁸ - **jede** (positive) **Beschlussfassung** ⁹⁹ durch Quoren **erschwert werden** ¹⁰⁰. Eine solche Erschwerung ergibt sich im Recht der GV gegenüber der gesetzlichen Regelung der Beschlussfassung etwa dadurch, dass eine gegenüber dem absoluten Mehr der vertretenen Stimmen ¹⁰¹ oder gegenüber der Zweidrittels-, Kapital-, Präsenz-/Stimmenmehrheit ¹⁰² **grössere Mehrheit** (z.B. Dreiviertelsmehrheit, Einstimmigkeit) ¹⁰³ oder eine umfassendere Berechnungs-

⁹³ Vgl. Bürgi Art. 703 N 27; Kemahlioglu 57; Wieland 229; Geilinger 41.

⁹⁴ Vgl. vorne § 3 RZ 8 und 40ff.

⁹⁵ Vgl. sogleich RZ 33ff.

⁹⁶ Brunner 47, welcher aus diesem Grunde befristete Erschwerungen empfiehlt, vgl. auch F. von Steiger a.a.O. 60.

⁹⁷ Bürgi Art. 703 N 25; vgl. auch Geilinger 14 und Weber 60.

⁹⁸ Vgl. sogleich. Zu den Minderheitsverlangen vgl. vorne § 3 RZ 36.

⁹⁹ Vgl. vorne § 1 RZ 84ff.

¹⁰⁰ Vgl. Schucany Art. 648 N 3 und Bürgi Art. 703 N 20ff.

¹⁰¹ Vgl. OR 703 und hinten § 7 RZ 334ff.

¹⁰² Vgl. OR 636 und 648 I.

grundlage (z.B. absolute Mehrheit sämtlicher Stimmen) vorgesehen wird oder dadurch, dass die gesetzlichen Zweidrittels-Aktienzahl-Präsenzquoten erschwert werden ¹⁰⁴ ¹⁰⁵ oder ein **allgemeines Präsenzquorum** für die (positive) Beschlussfassung eingeführt wird ¹⁰⁶. Es können aber auch Kombinationen vorgesehen werden, z.B. dadurch, dass zu den bereits erschwerten Stimmen-Beschlussquoten noch Präsenzquoten hinzugefügt werden etc. ¹⁰⁷. Auch in bezug auf die vorne mit "Berechnung" bezeichnete Quorumsart können Erschwerungen vorgesehen werden, indem z.B. normiert wird, dass statt auf die vertretenen jeweils auf **sämtliche Stimmen** abzustellen ist ¹⁰⁸. Eine Erschwerung der positiven Beschlussfassung ergibt sich aus der **Einführung von Stimmrechtsaktien** ¹⁰⁹ sowie aus der **Beschränkung der Stimmenzahl der Grossaktionäre** ¹¹⁰, was hier aber nicht weiter verfolgt wird ¹¹¹.

3. Schranken

a) Zwingende gesetzliche Bestimmungen

23 Wie vorne gezeigt wurde ¹¹², können innergesellschaftliche Quoren stets nur unter **Beachtung der zwingenden Gesetzesbestimmungen** eingeführt werden. Für statutarische Erschwerungen der GV-Quoren ergibt sich aus den einseitig zwingenden Bestimmungen von OR 636, 648 I, 657 V sowie E 657 IV und 704 I insofern eine **Beschränkung**, als die dort vorgesehenen Zweidrittels- Präsenz-/Stimmenquoten für die Beschlussfassung in der GV **lediglich noch weiter erschwert** werden können. Es sind hier also "**Minimalerschwerungen**" vorhanden, welche den Spielraum von Erschwerungsmöglichkeiten ¹¹³ in bezug auf die Beschlussfassung der in die-

103 Zur Einstimmigkeit vgl. sogleich RZ 26ff.

104 Vgl. OR 649 I und 655.

105 z.B. Dreiviertelsanwesenheit oder Anwesenheit sämtlicher Aktionäre bzw. sämtlicher Aktien.

106 Vgl. auch Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 79 FN 186.

107 Vgl. vorne bei § 2 RZ 57ff.

108 Womit z.B. bei OR 703 eine Umwandlung des "reinen" Stimmenquorums in ein gemischtes Präsenz-/Stimmenquorum erfolgt, vgl. vorne § 2 RZ 58 und § 4 RZ 40.

109 Funk Art. 648 N 3 und hinten § 7 RN 117ff.

110 Vgl. OR 692 II i.V.m. Art. 627 Ziff. 10 und Bürgi a.a.O. N 23 sowie Schucany Art. 648 N 3 und Siegwart a.a.O.; a.M. Forstmoser a.a.O.

111 Vgl. dazu auch vorne § 4 RZ 64 FN 243.

112 Vgl. vorne RZ 17ff.

113 Vgl. vorne bei Arten § 2 RZ 4ff.

sen Normen vorgesehenen Gegenstände einschränken, nicht aber die Erschwerung an sich: Diese erschwerten gesetzlichen Quoren können somit **noch weiter erschwert werden** ¹¹⁴. Nicht weiter erschwert werden können die absolut zwingenden Quorumsbestimmungen von OR 623 II, 635 III, 638 II, 646 I, 701 und 716 sowie von E 629 II, 701 und 713 II ¹¹⁵. Sodann ergibt sich eine Schranke aus der zwingenden gesetzlichen Regelung des Stimmrechts in **OR 692 und 693**. Demzufolge können für die GV ¹¹⁶ keine Kopfstimmenquoren ¹¹⁷ normiert werden.

24 In den Fällen von OR 693 III können sodann keine **Aktienzahlquoren** ¹¹⁸ vorgesehen werden.

25 Die Auslegung der "generellen" Beschlussfassungsnorm für Generalversammlungsbeschlüsse, von OR 703, bietet betreffend die Möglichkeit statutarischer Erschwerungen insofern **keine Probleme**, als man sich einig ist, dass diese Norm in bezug auf weitere als die dort vorgesehenen Erschwerungen ¹¹⁹ ¹²⁰ **dispositiv** ist ¹²¹ ¹²².

b) Schranken im Interesse der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft?

26 Einige Autoren äussern **Bedenken** gegen die Zulässigkeit der statutarischen Erschwerung der Beschlussfassung über solche Gegenstände, welche der GV **von Gesetzes wegen** zuerkannt sind und über welche sie auch im Interesse der **Funktionsfähigkeit der Gesellschaft** ¹²³ beschliessen muss, und zwar positiv, d.h. im Sinne einer **Rechtsveränderung**, im Sinne

114 Vgl. dazu vorne RZ 10.

115 Vgl. vorne RZ 10.

116 Vgl. zu den Verwaltungsratsquoren ausführlicher hinten § 8 RZ 27ff.

117 Vgl. vorne § 2 RZ 27. Unklar diesbezüglich Siegwart Art. 627 N 14.

118 Bzw. gilt das eingeführte "Stückstimmrecht" für die in dieser Norm vorgesehenen Traktanden nicht.

119 Schon das absolute Mehr wird als erschwertes Quorum bezeichnet, vgl. vorne § 2 RZ 42ff. Das Abstellen auf die vertretenen Stimmen ist in bezug auf die Berücksichtigung lediglich der abgegebenen Stimmen eine weitere Erschwerung, vgl. vorne § 2 RZ 57ff und § 4 RZ 87ff.

120 Unklar diesbezüglich Siegwart Art. 627 N 14.

121 Vgl. statt vieler Bürgi Art. 703 N 20ff und die vorne zit. Autoren.

122 Vgl. aber sogleich RZ 26.

123 Vgl. vorne § 3 RZ 3ff.

der **Annahme eines entsprechenden Antrags** ^{124 125}. Als Beispiele werden etwa die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz und des Geschäftsberichts ¹²⁶, die Wahl und Abberufung des Verwaltungsrats und der Kontrollstelle ¹²⁷, aber auch die Ernennung besonderer Kommissäre oder Sachverständiger ^{128 129} oder auch Statutenänderungen ¹³⁰ genannt. Dieselben Bedenken werden auch betreffend **Verwaltungsratsbeschlüsse** erhoben ¹³¹, weshalb die nachfolgenden Ausführungen auch für diese gelten.

27 Zum Teil wird in bezug auf diese Gegenstände in der GV ein Abweichen vom generellen GV-Beschlussquorum von OR 703 kategorisch **abgelehnt** ¹³², teilweise wird eine "den konkreten Verhältnissen angepasste, beschränkte Erschwerung" zugelassen ¹³³, welche jedoch keinesfalls rechtsmissbräuchlichen Charakter aufweisen oder die Beschlussfassung schikanös behindern dürfe ¹³⁴. Ein Teil der Lehre erachtet Erschwerungen in diesem Bereich zwar als **zulässig**, jedoch nur für die "**erste**" **Versammlung**; falls hier das geforderte Mehr oder die geforderte Präsenz nicht erreicht werden, müsse jedenfalls eine **zweite Versammlung** einberufen werden, welche mit der "**einfachen**" **Stimmenmehrheit** beschliessen könne ¹³⁵. Einig sind sich die vorn erwähnten Autoren aber insofern, als sie bezüglich dieser Beschlüsse die Normierung des **Einstimmigkeitsprinzips** in jedem Fall als **unzulässig** erachten: "Die obere Grenze einer zulässigen Erschwerung dürfte etwa bei einer Mehrheit oder einem Quorum von Dreivierteln liegen" ¹³⁶, "entschieden zu weit ginge eine Statutenbestimmung, die für wesentliche

124 Vgl. zu diesen Begriffen vorne § 1 RZ 81ff.

125 Vgl. etwa Zehnder 97f; von Greyerz, Bilanzgenehmigung 148; Geilinger 47ff; U.G. Frei 74; Mielke 120; Schett 109; Jagmetti 19; F. von Steiger a.a.O. 72ff; Bartomé 54ff; Benoît 98, 136; Böckli, Aktienstimmrecht 19ff, 21 FN 47; Funk Art. 703 N 5; Haymann, Aktienübernahmevereinbarungen 24; Kuster 117; Horowitz 62; Kemahlioglu 58; Siegwart Art. 648 N 8 und 649 N 8; Bürgi Art. 703 N 25.

126 Vgl. OR 698 II Ziff. 3 und von Greyerz, a.a.O. und Horowitz a.a.O., Geilinger a.a.O.; Siegwart a.a.O.

127 Vgl. OR 698 II Ziff. 2 und dazu Siegwart Art. 648 N 8 sowie Geilinger a.a.O.

128 Vgl. OR 731 und Bürgi Art. 703 N 25; Geilinger 47ff und Siegwart a.a.O.

129 Benoît 89.

130 Vgl. OR 698 II Ziff. 1 und Kemahlioglu 57; Bartomé 54ff und Benoît 89.

131 Vgl. etwa Schulz-Dornburg 61 m.w.H..

132 Zehnder 97f; Geilinger 47ff.

133 Siegwart 648 N 8; vgl. auch Geilinger 25ff.

134 Vgl. Funk Art. 703 N 5.

135 So U.G. Frei 74; Geilinger 47; Siegwart Art. 648 N 8.

136 Bei Publikumsgesellschaften wäre dies illusorisch. Vgl. dazu den hinten bei § 7 RZ 202 FN 394 referierten "Fall Bank Leu". Dort müsste eine solche Grenze etwa bei 60-65% festgesetzt werden.

Beschlüsse und Wahlen Einstimmigkeit fordert ¹³⁷. Einzig **F. von Steiger** bemerkt einschränkend, dass eine solche Regelung in **kleinen Verhältnissen** durchaus ihre Berechtigung haben könne ^{138 139}.

28 Diese Ansichten finden aber **keine Stütze im Gesetz und in der bisherigen Gerichtspraxis** ¹⁴⁰ Das Quorum von OR 703 gilt nach dem klaren Gesetzeswortlaut für **sämtliche Beschlüsse**, für welche das Gesetz oder die Statuten nichts anderes bestimmen und ist somit nicht für gewisse Beschlussfassungen absolut zwingend und für andere nicht ¹⁴¹. "Wahlen" sind sodann ausdrücklich erwähnt und somit eindeutig der dispositiven Regelung von OR 703 unterworfen. Auch ist in bezug auf das **Mass** der möglichen statutarischen Erschwerungen keine gesetzliche Einschränkung vorhanden: Schon der Gesetzgeber selber hat für gewisse Beschlüsse das Einstimmigkeitsprinzip vorgesehen und ¹⁴² zudem die Rechtsform der AG auch personenbezogenen Unternehmen geöffnet ¹⁴³, womit auch die entsprechenden Annäherungen an das Recht der Personengesellschaften und an das Vertragsrecht und somit auch das Einstimmigkeitsprinzip für die Beschlussfassung in der GV zuzulassen sind ¹⁴⁴. Es ist wiederum von der **statutarischen Regelungsfreiheit** auszugehen, welche im Privatrecht dort zugelassen ist, wo der Gesetzgeber nicht zwingende Schranken aufgestellt hat ¹⁴⁵. Solche sind hier nicht vorhanden ¹⁴⁶. Die Gerichte haben die Frage bisher m.W. noch nicht entschieden, ob trotz dem dispositiven Charakter von OR 703 gewisse Beschlüsse zwingend mit absolutem Mehr gefasst werden müssen ¹⁴⁷.

137 Bürgi Art. 703 N 26; vgl. auch Mielke 120; Schett 109.

138 F. v. Steiger, Aktiengesellschaft 72. Er ist aber der Ansicht, das absolute Einstimmigkeitsquorum könne jedenfalls nicht für alle Beschlüsse normiert werden, a.a.O. 73.

139 Vgl. auch Geilinger 44, welcher dem Aktionär ein wohlverworbenes Recht auf "das Mehrheitsprinzip als Grundsatz" zubilligt, vgl. auch vorne § 1 RZ 71 FN 234.

140 Vgl. F. von Steiger, Aktiengesellschaft 73.

141 Ähnlich Bürgi Art. 703 N 25, welcher aber in N 26 dennoch allzu starke Erschwerungen der diesbezüglichen Beschlussfassungen als unzulässig erachtet, wobei diese Ansicht wiederum keine Stütze im Gesetz findet, vgl. oben im Text.

142 Vgl. vorne § 2 RZ 54f und dazu hinten § 7 RZ 38ff.

143 Vgl. vorne § 2 RZ 21ff.

144 Vgl. F. von Steiger a.a.O.

145 Vgl. vorne § 1 RZ 75, § 5 RZ 38.

146 Ähnlich Brunner 35ff.

147 Vgl. F. von Steiger a.a.O.

29 Im **deutschen Aktienrecht** sind sodann z.T. dieselben (positiven) Beschlussfassungen, welche nach der Ansicht der vorn zitierten Autoren ¹⁴⁸ keinesfalls erschwert werden dürfen, einem gegenüber OR 703 **erschweren Quorum** unterworfen: So bedarf eine Statutenänderung der Zustimmung von drei Vierteln des vertretenen Grundkapitals und die Abberufung der Verwaltung der Zustimmung von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen ¹⁴⁹.

30 Wie vorne gezeigt wurde, lauert schliesslich bei den gesetzlichen Präsenz- und bei den gemischten Präsenz-/Stimmenquoren ¹⁵⁰ **immer die Gefahr der positiven Beschlussunfähigkeit** und damit die Möglichkeit der "Lahmlegung" der Gesellschaft, sei dies bedingt durch "faktische" oder "persönliche" Gründe ¹⁵¹, auch wenn es sich hier grundsätzlich nicht um erschwerte Quoren handelt. Indem der Gesetzgeber selber ein solches Quorum für grundlegende Beschlussgegenstände der Gesellschaft normierte ¹⁵², stellte er selber bezüglich wesentlicher und wichtiger Traktanden den **Schutz der Minderheit** ¹⁵³ **über denjenigen der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft**. Deshalb steht diese Interessenabwägung auch der einzelnen Gesellschaft offen, indem sie statutarisch durch die Normierung entsprechender Quoren für bestimmte Traktanden die Minderheit schützen kann. Gerade bei kleinen, personenbezogenen Gesellschaften ist die Einigkeit bzw. qualifizierte Zustimmung auch bezüglich der für die Fortsetzung der Unternehmung notwendigen Entscheide u.U. wichtiger als die Fortsetzung der Unternehmung selber. Z.T. wird aber gerade durch das Damoklesschwert der Auflösung der Gesellschaft die notwendige Einigkeit erzielt ¹⁵⁴.

31 Auch wäre es schwierig, eine **Abgrenzung** derjenigen Gegenstände vorzunehmen, welche für den Bestand der Gesellschaft **unabdingbar** sind und welche nicht. Bezüglich der Generalversammlung enthält das Gesetz zwar gewisse Anhaltspunkte ¹⁵⁵, jedoch fasst auch der Verwaltungsrat - je

148 Vgl. vorne RZ 26.

149 Vgl. § 103 I und § 179 II (d)AktG; vgl. auch Bürgi Art. 703 N 25.

150 Vgl. z.B. OR 648 I und 649 I und II.

151 Vgl. § 3 RZ 45ff, § 4 RZ 105ff und auch Brunner 35ff.

152 Vgl. OR 648 I betreffend die Umwandlung des Gesellschaftszwecks, die Beseitigung von statutarischen Beschlussfassungserleichterungen für die Generalversammlung sowie für die Einführung von Stimmrechtsaktien.

153 Vgl. vorne § 3 RZ 40ff.

154 Bürgi Art. 703 N 28.

155 Vgl. OR 698 II Ziff. 1-5.

nach konkretem Unternehmenstypus - für das Fortbestehen der Gesellschaft unabdingbar wesentliche Beschlüsse ¹⁵⁶, welche nicht generell umschrieben werden können ¹⁵⁷.

32 Dass für den Fortbestand der Gesellschaft wichtige Beschlüsse, welche positiv gefasst werden müssen, damit diese nicht lahmgelegt wird, statutarisch nicht übermässig erschwert werden sollen, ist m.E. daher als **Postulat** für die **Ausgestaltung** der innergesellschaftlichen **Quoren** ¹⁵⁸ zu formulieren. Hält sich eine Gesellschaft - aus triftigen oder nicht einsehbaren Gründen - nicht daran, so sind die entsprechenden von ihr erlassenen Bestimmungen dennoch **gültig** und nur durch eine Statutenänderung zu beseitigen ¹⁵⁹.

4. Einführung und Aufhebung

a) Einführung

33 Erschwerte Quorumsbestimmungen ¹⁶⁰ können mit dem **allgemeinen Stimmenquorum von OR 703** oder einem davon abweichenden **statutarischen Quorum** eingeführt werden ¹⁶¹. Das Gesetz und auch der E sehen dafür kein spezielles Quorum vor. Sodann hat der Aktionär auch kein Sonderrecht auf Beibehaltung von erleichternden Bedingungen ¹⁶².

156 Vgl. vorne § 1 RZ 43ff.

157 Auch die im E 716 a Ziff. 1-8 umschriebenen nicht delegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrats sind für das hier gestellte Problem keine Anhaltspunkte, da hier das konkrete Unternehmen eine Rolle spielt.

158 Bei welcher das Gesellschaftsinteresse im Mittelpunkt steht, der Minderheitenschutz daher nicht vordringlich ist z.B. Bilanzabnahme, vgl. von Greyerz, Bilanzgenehmigung 148.

159 Vgl. vorne § 4 RZ 117ff.

160 Vgl. dazu vorne FN 85 bei RZ 19.

161 Vgl. Kemahlioglu 57; F. von Steiger a.a.O. 60; Funk Art. 703 N 5; Bürgi Art. 703 N 21; Brunner 47.

162 Kemahlioglu a.a.O.; Mielke a.a.O.; a.M. Schluep, welcher dafür hält, dass der Aktionär ein wohlverworbenes Recht auf Beibehaltung des Mehrheitsprinzips habe, so wie es gesetzlich ausgestaltet sei und dementsprechend für dessen Durchbrechungen das Einstimmigkeitsprinzip fordert (wohlerworbene Rechte, 257). Vgl. dazu vorne § 1 RZ 71 FN 234. Angesichts des dispositiven Charakters von OR 703 kann dieser Ansicht m.E. nicht beigespflichtet werden.

34 Die Mehrheit soll nicht daran gehindert werden, der **Minderheit** mehr Rechte einzuräumen ¹⁶³. Dies trifft allerdings dann nicht zu, wenn **statutarisch** bereits der **positive Minderheitsbeschluss** eingeführt (indem z.B. ein Quorum von 10% der Aktien für die Auflösung der Gesellschaft normiert wurde). Eine Erschwerung ¹⁶⁴ dieser erleichterten Statutenbestimmung, indem das Quorum z.B. neu auf 30% erhöht werden soll, räumt der Minderheit nicht mehr, sondern **weniger Rechte** ein. Mangels gesetzlichen Sondernormen ist dieser Beschluss aber dennoch mit dem allgemeinen Stimmenquorum von OR 703 oder einem davon abweichenden innergesellschaftlichen Quorum zu fassen. Jedenfalls gilt nicht das für den konkreten Beschluss selber vorgesehene alte oder neue Quorum, so lange sich dieses **unter** dem gesetzlichen Minimalstimmenquorum befindet ¹⁶⁵. Wurde dagegen das **allgemeine Beschlussquorum** von OR 703 im erwähnten Sinne abgeändert, so gilt **dieses** für die Abänderung ¹⁶⁶.

35 Aus dem Gesichtswinkel des **Minderheitenschutzes** wäre es sinnvoll, für die GV auch die **Aufhebung von statutarischen Erleichterungen** und aus dem Gesichtswinkel des **Gesellschaftsschutzes** wäre es gerechtfertigt, allgemein **Erschwerungen der Beschlussfassung** ¹⁶⁷ dem qualifizierten Präsenz-/Stimmenquorum des OR 648 I zu unterstellen. Damit könnten solche positiven Minderheitenrechte ¹⁶⁸ von der Mehrheit nicht von Fall zu Fall mit dem gewöhnlichen Stimmenquorum wieder abgeändert werden und eine kleine an der Versammlung anwesende Kapitalminderheit kann auch nicht z.B. das Einstimmigkeitsquorum einführen. Indessen ist eine solche Subsumption durch den **klaren Wortlaut von OR 648 I ausgeschlossen** ¹⁶⁹. Statutarische erleichterte Quoren können daher mit dem **allgemeinen Stim-**

163 Geilinger 44; Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 94.

164 Dies stellt eine Erschwerung der Beschlussfassung dar, vgl. vorne FN 85 bei RZ 19.

165 Für die Einführung von die gesetzlichen Quoren erschwerende statutarische Quoren gilt das oben in FN 85 bei RZ 19 Gesagte. Für die Erleichterungen vgl. nachfolgend FN 178 bei RZ 37.

166 Vgl. vorne RZ 33.

167 Vgl. vorne FN 85 bei RZ 19.

168 Vgl. vorne § 3 RZ 36ff.

169 A.M. Geilinger 41 und 53, welcher dafür hält, dass allgemein die Einführung einer Quorumserschwerung, welche eine andere beseitigt, dem Quorum von OR 648 I unterliege. Dies trifft m.E. dann zu, wenn das zweite Quorum weniger erschwert als das erste ist; dies kommt der Einführung einer erleichterten Quorumsbestimmung durch Beseitigung eines statutarisch erschwerten Quorums gleich, vgl. dazu hinten FN 176 bei RZ 37. Ist das zweite Quorum verschärfter als das erste, so handelt es sich um eine Quorumsverschärfung und es gelten die hier ausgeführten Regeln.

menquorum von OR 703¹⁷⁰ erschwert werden, falls die Statuten nichts anderes vorsehen¹⁷¹ ¹⁷². Mangels gesetzlicher Sondernormen ist dieser Beschluss aber dennoch mit dem allgemeinen Stimmenquorum von OR 703 oder einem davon abweichenden statutarischen Quorum zu fassen. Jedenfalls gilt nicht das für den konkreten Beschluss selber vorgesehene alte oder neue statutarische Quorum, so lange sich dieses **unter dem gesetzlichen Minimalbeschlussquorum** befindet¹⁷³. Wurde dagegen das **allgemeine Stimmenquorum** im erwähnten Sinne abgeändert, so gilt dieses für die Wiedererschwerung bis zur Einstimmigkeit¹⁷⁴.

b) **Aufhebung**

36 Die **Aufhebung bzw. Erleichterung**¹⁷⁵ von innergesellschaftlich erschwerten Quorumsbestimmungen¹⁷⁶ ist immer ein Anwendungsfall der **innergesellschaftlichen Einführung eines erleichterten Quorums**¹⁷⁷.

170 Vgl. vorne RZ 34.

171 Es wäre daher zu empfehlen, gleichzeitig mit der statutarischen Normierung der Minderheitsquoten die erschwerte Abänderbarkeit derselben bzw. ein qualifiziertes Mehrheitsquorum für Beschlussschwörungen vorzusehen.

172 Geilinger vertritt ausdrücklich die Meinung, dass die Beseitigung von positiven Minderheitenrechten (vgl. dazu § 3 RZ 36ff) nur mit dem **Supplementärquorum** des Minderheitsquorums selber beseitigt werden könne, was m.E. zwar sinnvoll, aber vom Gesetz nicht vorgesehen ist (a.a.O. 53).

173 Für die Einführung von gesetzlichen Quoren erschwerende statutarische Quoren gilt das oben bei FN 85 (RZ 19) Gesagte. Für die Erleichterung vgl. nachfolgend RZ 37ff.

174 A.M. Wieland 229, Kemahlioglu 58 und Geilinger 44, welche dafür halten, das Einstimmigkeitsprinzip könne dem Aktionär nicht durch gewöhnlichen Mehrheitsbeschluss aufgezwungen werden, sondern der entsprechende Einführungsbeschluss müsse seinerseits von der Zustimmung sämtlicher Stimmen bzw. des gesamten Grundkapitals getragen sein. M.E. ist diese Ansicht schon deshalb fragwürdig, weil unklar ist, weshalb gerade nur das Einstimmigkeitsprinzip eine solche Ausnahme vom Mehrheitsprinzip rechtfertigt und nicht auch z.B. die Einführung eines 90 oder 95% der Stimmen erfordernden Quorums bzw. - bei einer Publikums-gesellschaft - z.B. ein 60% der Stimmen forderndes Quorum. Weil die Grenzziehung zwischen Mehrheits- und qualifizierten Mehrheits- bzw. Einstimmigkeitsbeschlüssen schwierig ist und auch weil sich solche Ausnahme vom Mehrheitsprinzip nicht aus dem Gesetz ergeben, ist diese Lehrmeinung daher abzulehnen.

175 Die weiteren Erschwerungen unterstehen den Ausführungen in RZ 33.

176 Zu diesem Begriff vgl. vorne FN 85 (bei RZ 19).

177 Es sei diesbezüglich auf hinten RZ 44ff verwiesen.

III. ERLEICHTERUNGEN

1. Grundsatz

37 Erleichterungen der Beschlussfassungen durch Abweichen von den gesetzlich vorgesehenen (dispositiven) Quorumsbestimmungen¹⁷⁸ eignen sich einmal für grosse Gesellschaften mit vielen Publikumsaktionären, weil die von den gesetzlichen Quoren z.T. geforderte Präsenz und z.T. Zustimmung derselben¹⁷⁹ i.d.R. gar nicht erreicht wird¹⁸⁰. Maximalerleichterungen dienen wiederum dem **Minderheitenschutz**, indem sie nicht wie die Maximalerschwerungen der Beschlussfassung zu sog. "negativen", sondern zu "positiven" Minderheitenrechten führen¹⁸¹. Bei der entsprechenden Ausgestaltung der Statuten ist auch diesbezüglich der konkrete Gesellschaftstypus, dessen Entwicklung, die Schutzwürdigkeit der Minderheit etc. zu berücksichtigen¹⁸².

2. Arten

38 Auch betreffend die innergesellschaftlichen Erleichterungen der (positiven) Beschlussfassung gegenüber den gesetzlichen Quoren ist festzuhalten, dass im Recht der GV¹⁸³ - **innerhalb des gesetzlichen Rahmens - jede Erleichterung** in bezug auf **jedes Traktandum** möglich ist¹⁸⁴. Es kann also z.B. OR 703 insofern abgeändert werden, als lediglich auf das relative Mehr der abgegebenen Stimmen abgestellt wird oder es können die dispositiven gesetzlichen Präsenzquoren statutarisch aufgehoben werden. Entgegen der Ansicht von Mielke sind Erleichterungen nicht nur dort mög-

178 Als Massstab gelten primär wiederum die für die normale Beschlussfassung anzuwendenden Gesetzesnormen und "sekundär" die entsprechenden davon abweichenden Statuten-normen. Für die gesetzlichen Verwaltungsratsquoren vgl. hinten § 8 RZ 27ff. Wird eine innergesellschaftliche Erschwerung der Beschlussfassung ersetzt durch eine erleichterte, jedoch gegenüber der gesetzlichen Quorumsbestimmung erschwerte Bestimmung, so stellt dieser Sachverhalt eine Erleichterung der Beschlussfassung bzw. die Beseitigung einer Beschlussschwerung dar und die entsprechenden Erwägungen dazu gelten analog. Vgl. auch Geilinger 52: "Unter Erleichterung ist immer die Wegbedingung einer Erschwerung ohne gleichartigen Ersatz zu verstehen."

179 Vgl. OR 648 I, 649 I und II etc.

180 Vgl. vorne § 3 RZ 8ff, 45ff.

181 Vgl. vorne § 3 RZ 36ff.

182 Vgl. vorne insgesamt § 3.

183 Zum Recht des Verwaltungsrats vgl. hinten § 8 RZ 53.

184 Vgl. vorne § 1 RZ 78ff.

lich, wo sie durch besondere gesetzliche Vorschrift gestattet sind ¹⁸⁵, sondern - entsprechend der im Privatrecht geltenden **Privatautonomie** ¹⁸⁶ - immer dann, wenn sie nicht durch zwingende Normen ausgeschlossen sind ¹⁸⁷.

3. Schranken

a) Zwingende gesetzliche Bestimmungen

aa) OR 703, E 703, 713 I ?

39 Entsprechend der Meinungsverschiedenheiten innerhalb der Lehre zum Begriff des Beschlusses bzw. betreffend die Frage, ob dazu zwingend eine irgendwie geartete Mehrheit gehört ¹⁸⁸, ist man sich betreffend des **Charakters von OR und E 703 uneinig**: Ein Teil der Lehre betrachtet diese Norm - z.T. ohne Begründung, z.T. mit den vorne bei der Debatte um das Mehrheitserfordernis bei Beschlüssen dargelegten Argumenten ¹⁸⁹ - als **einseitig zwingend** in dem Sinne, dass die Statuten lediglich in erschwerendem Sinne davon abweichen könnten ¹⁹⁰. Entgegen der ausdrücklichen Regelung im deutschen Recht ¹⁹¹ ist das allgemeine Beschlussquorum von OR und E 703 aber nach seinem klaren Wortlaut **ganzheitlich dispositiv** ¹⁹². Hätte der Gesetzgeber diese Norm einseitig zwingend ausgestalten wollen, so hätte er dies durch die Formulierung **"falls die Statuten keine grössere Mehrheit vorsehen"** ausgedrückt, wie er dies bei den einseitig zwingenden Quoren getan hat ¹⁹³. Es ist nicht einzusehen, weshalb dies für das Quorum von OR und E 703 **"stillschweigend"** gelten soll, nachdem das Erreichen einer Mehrheit kein Begriffselement des Beschlusses ist ¹⁹⁴. Entsprechendes gilt

185 Mielke 119.

186 Vgl. vorne § 1 RZ 75; § 5 RZ 38.

187 Vgl. vorne RZ 17ff.

188 Vgl. vorne § 1 RZ 58ff.

189 Vgl. vorne § 1 RZ 62ff.

190 So ausdrücklich Hensel 156f, 163, 166; B. Hess 146; Künzli 20, 23; Horn 370; Mielke 117; Kemahlioglu 54, 57; ähnlich auch Schucany Art. 648 N 5; unklar: Kuster 96.

191 Vgl. § 133 (d) AktG: "Die Beschlüsse der Hauptversammlung bedürfen der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (...) soweit nicht Gesetz oder Satzung eine grössere Mehrheit oder weitere Erfordernisse bestimmen."

192 Ebenso: Forstmoser, Aktienrecht, Bd. I Lfg. 2, Manuskript 158 N 42; Diethelm 111; Hug 82; Kistler, Beschlussfassung. 149; Feldmann 47, 62 und die meisten der vorne § 1 RZ 71ff zitierten Autoren.

193 Vgl. zu diesen Normen vorne RZ 10.

194 Vgl. vorne § 1 RZ 78ff.

auch für das "allgemeine" Verwaltungsrats-Beschlussquorum von E 713 I¹⁹⁵.

bb) OR 623 II, 635 III, 636, 638 II, 646 I, 648 I, 657 V, 701, 716 und E 629 II, 657 IV, 701, 704 I und 713 II

40 OR 635 III, 636, 648 I, 657 V und E 629 II sind entsprechend ihrem klaren Wortlaut **einseitig zwingend**¹⁹⁶, weshalb sie statutarisch falls möglich nur erschwert werden können und somit kein erleichtertes Quorum eingeführt werden kann¹⁹⁷. Die Quoren von OR 623 II, 638 II, 635 III, 646 I, 701, 716 und E 701, 713 II sowie 629 II sind ganzheitlich zwingend¹⁹⁸. Die übrigen gesetzlichen Quoren (OR 649 I, II, 655, 658, 703 und E 703 und 713 I) sind aber dispositiv, weshalb sie durch die Statuten erleichtert oder aufgehoben werden können¹⁹⁹.

b) Schranken durch den Grundsatz der Repräsentativität der Beschlüsse oder das Postulat, dass Macht und Risiko in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen sollen?²⁰⁰

41 Mit erleichterten Quoren ist eine Gesellschaft zwar funktionsfähiger als mit erschwerten Quoren, jedoch sind - falls eine Minderheit die Geschicke der Gesellschaft leiten kann - der Grundsatz der Repräsentativität der Beschlüsse und das **angemessene Verhältnis von Macht und Risiko** zueinander allenfalls in Frage gestellt.

42 Wie vorne gezeigt wurde, ergeben sich aber betreffend Minderheitsquoren **weder aus dem Begriff des Beschlusses**, noch aus dem **Gesellschaftsrecht entsprechende Schranken**²⁰¹. Es wäre m.E. daher - als Korrelat zum Einstimmigkeitsprinzip²⁰² - zulässig, dass ein einziger Aktionär mit einer einzigen Aktie mit Ausnahme von den in den zwingenden (bzw. einseitig zwingenden) gesetzlichen Quoren festgelegten Beschlussgegen-

195 Vgl. zur Problematik dieses Quorums hinten § 10 RZ 2ff.

196 Vgl. vorne RZ 10.

197 Vgl. vorne a.a.O.

198 Vgl. vorne RZ 10.

199 Vgl. vorne RZ 12.

200 Vgl. vorne § 3 RZ 5f.

201 Vgl. vorne § 1 RZ 74ff.

202 Vgl. vorne RZ 27ff und § 2 RZ 54f.

ständen sämtliche positiven Beschlüsse der Gesellschaft fassen kann²⁰³. Da das Gesetz selber kein Präsenzquorum kennt, ist dies u.U. - je nach Gesellschaftstypus und Frequenz der Versammlung - auch ohne entsprechende statutarische Regelung der Fall²⁰⁴.

43 Das Prinzip, dass Beschlüsse grundsätzlich von einer **Mehrheit** getragen werden sollten, ist daher als **Postulat** zu formulieren²⁰⁵. Eine Gesellschaft kann aber verschiedene Gründe haben, um allgemein oder in bezug auf bestimmte Beschlussfassungen davon abzuweichen, was zulässig ist.

4. Einführung und Aufhebung

a) Einführung

44 **Erleichterungen der Beschlussfassung** durch "Milderung" oder Aufhebung eines dispositiven **gesetzlichen Quorums**²⁰⁶ können nur mit dem darin vorgesehenen Quorum wieder aufgehoben werden. Denn "die Erschwerung hätte wenig Sinn, wenn sie selber unter erleichterten Bedingungen wieder aufgehoben werden könnte"²⁰⁷.

45 Werden daher z.B. die dispositiven gesetzlichen Quoren von **OR 649 I und II, 655 bzw. 658** innergesellschaftlich abgeändert, so müssen bei der entsprechenden Beschlussfassung zwei Dritteile sämtlicher Aktien anwesend sein²⁰⁸.²⁰⁹ Es ist bei der Erleichterung dieser Bestimmungen m.a.W. stets das Quorum von **OR 649 I und II** massgebend: Deshalb kann - falls das Quorum in der ersten Versammlung nicht erreicht worden ist - eine zweite Versammlung mit dem entsprechend OR 649 II erleichterten Quorum

203 Vgl. vorne § 1 RZ 76 und § 2 RZ 5.

204 Vgl. vorne § 2 RZ 75.

205 Vgl. schon vorne § 3 RZ 6.

206 Vgl. vorne RZ 40.

207 Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 95.

208 Vgl. Forstmoser a.a.O. und Geilinger 52 und 130; a.M. Schucany, Art. 649 N 1; Funk, Art. 649 N 2 und Gerhard 100, welche hier das Quorum von OR 648 I anwenden wollen. In OR 648 I sind aber klar nur die statutarischen Beschlussfassungserschwörungen aufgeführt, weshalb diese Norm für die Aenderung der gesetzlichen Erschwörungen nicht anwendbar ist. Vgl. Forstmoser a.a.O. Der Wortlaut hat eben ein "Eigengewicht" (vgl. Meier-Hayoz, Art. 1 N 200f und Jäggi, privilegierte Aktien, 412).

209 Vgl. auch Geilinger, welcher dafür hält, dass die Frist von OR 649 I und II in diesem Fall nicht einzuhalten ist (130).

beschliessen. Ist das Quorum von OR 649 I und II innergesellschaftlich bereits aufgehoben worden, so gilt es dennoch für die **Abänderung der Quoren von 655 und 658** ²¹⁰.

46 Die Erleichterung des allgemeinen GV-Beschlussquorums von **OR 703** bedarf schliesslich ihrerseits dieses Quorums ²¹¹.

47 **Erleichterungen** von **statutarisch** vorgesehenen **Beschlusser-schwerungen** ²¹² betreffend GV-Beschlüsse bedürfen schliesslich des Quorums von OR 648 I ²¹³. Gemäss dieser Norm können Statutenbestimmungen über die Erschwerung der Beschlussfassung in der Generalversammlung lediglich **mit der Zustimmung von zwei Dritteln des gesamten Grundkapitals beseitigt werden** ²¹⁴. "Da Erschwerungen der Beschlussfassung zum Schutze von Aktionärsminderheiten, insbesondere der kleinen Aktionäre gegen Majorisierung dienen, dürfen sie, wenn der Schutz nicht illusorisch sein soll, nur durch eine qualifizierte Mehrheit wieder beseitigt werden" ²¹⁵. Das Quorum von OR 648 I gilt also auch dann, wenn die statutarische Beschlusserschwerung, welche beseitigt werden soll, **geringfügiger als dieses Quorum** ist ²¹⁶. Die Beseitigung von statutarischen Erschwerungen, welche über das Quorum von OR 648 I hinausgehen, indem sie etwa die Zustimmung von Dreiviertel des Grundkapitals verlangen, können jedoch **nicht** mit dem geringfügigeren Zweidrittels Kapital-Stimmenquorum wieder abgeändert werden: Andernfalls hätten statutarische Erschwerungen **wenig Wert**, weil jeder, der befürchten müsste, mit dem erschwerten Beschluss nicht durchzudringen, einfach zunächst die Beseitigung der Erschwerung mit einer kleineren Mehrheit erwirken könnte ²¹⁷. Deshalb ist als Grundsatz festzuhalten,

210 Vgl. die Verweisungen in OR 655 und 658.

211 Vgl. dazu vorne RZ 34 betreffend die Abweichung in erschwerendem Sinne.

212 Zu diesem Begriff vgl. FN 82 bei RZ 19.

213 Vgl. dazu ausführlich hinten § 7 RZ 107ff.

214 Vgl. § 4 RZ 66, 70, 73 und hinten a.a.O.

215 Schucany Art. 648 N 3.

216 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 31ff.

217 Vgl. auch Siegwart, Art. 648 N 15 und Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 92 und FN 218 sowie Schlupe, wohlerworbene Rechte 259: "Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, dass der besondere Schutz, der einer Minderheit durch statutarische Erschwerung der Beschlussfassung zugestanden wird, erst dann wirksam wird, wenn er nur mit jener Mehrheit wieder beseitigt werden kann, welche die Erschwerung erfordert. Eine andere Auffassung müsste der ratio legis widersprechen. Sie hätte zur Folge, dass jede statutarische Erschwerung der Beschlussfassung über das in OR 648 I ausdrücklich genannte Mass hinaus illusorisch würde." Unklar Schucany Art. 648 N 3 und Funk Art. 648 N 3.

dass die Abänderung einer statutarischen Beschlussschwerung nur mit mindestens derjenigen Mehrheit erfolgen kann, welche diese Statutenbestimmung selber verlangt ²¹⁸, auch wenn die Aufnahme einer solchen Bestimmung im Gesetz vom Gesetzgeber abgelehnt wurde ²¹⁹.

48 Zusammenfassend ist daher betreffend GV-Beschlüsse festzuhalten, dass - falls die Statuten nichts Gegenteiliges bestimmen ²²⁰ - **sämtliche statutarischen Beschlussschwerungen, welche nicht über das Quorum OR 648 I hinausgehen, mit diesem Quorum und die dieses Quorum verschärfenden statutarischen Erschwerungen nur mit der Mehrheit, welche die Statutenbestimmung selber verlangt, abgeändert werden können** ²²¹. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut gilt dieses Quorum nur für die **Beseitigung von statutarischen Beschlussfassungs-Erschwerungsbestimmungen**. Daher findet es auf die Beseitigung der dispositiven gesetzlichen Quorumsbestimmungen keine Anwendung, es sei denn, diese seien entweder unverändert, oder in erschwerter oder erleichterter Fassung in die Statuten aufgenommen worden ²²² und damit zum **Statuteninhalt** zu zählen. U.E. darf die Aenderung einer die Beschlussfassung erschwerenden Quorumsbestimmung konsequenterweise **nur mit dem in dieser Bestimmung vorgesehenen Quorum vorgenommen werden** ²²³, was auch dem Schutzzweck der Quoren entspricht ²²⁴. Deshalb ist - entgegen Brunner ²²⁵ - zu fordern, dass dieser Grundsatz auch auf die **dispositiven gesetzlichen Quorumsbestimmungen**, welche nicht in die Statuten aufgenommen wurden, anzuwenden ist und das in diesen Quoren ²²⁶ vorgesehene Zweidrittels- Kapital-/Präsenzquorum an der entsprechenden Versammlung zur Beschlussfassung anwesend sein muss, sollte der Schutzzweck dieser Normen nicht illusorisch gemacht werden ²²⁷. Dasselbe gilt auch für die erleichternde Abänderung von OR und E 703 ²²⁸. Die Beschlussfassung erfolgt sodann nach dem "gewöhn-

218 Siegwart a.a.O. N 9 und 15 und Forstmoser a.a.O. und § 7 N 187 sowie Geilinger 48 m.w.H.

219 Vgl. Siegwart a.a.O. N 15 und Forstmoser a.a.O.

220 Vgl. Forstmoser a.a.O.

221 A.M. Schluep, a.a.O. 258f, welcher die Einstimmigkeit verlangt.

222 Vgl. Brunner 47.

223 Vgl. vorne RZ 47.

224 Vgl. vorne § 3 RZ 3ff.

225 Brunner a.a.O.

226 Es handelt sich um die Quoren von OR 649 I und II, 655 und 658.

227 Vgl. vorne § 3 RZ 3ff, 8ff.

228 Vgl. dazu vorne RZ 46.

lichen" Stimmenquorum von OR 703 oder einem davon abweichenden statutarischen Quorum.

49 Der Entwurf hebt OR 649, 655 und 658 ersatzlos auf und normiert somit auch kein erschwertes Quorum mehr für die Aufhebung statutarischer Beschlussfassungserschwerungen der GV ²²⁹. Es gilt nach neuem Recht somit allgemein der erwähnte Grundsatz, **dass Beschlusser schwerungen nur mit dem darin vorgesehenen Quorum wieder beseitigt werden können**. Dasselbe gilt nach heutigem Recht schon für den Verwaltungsrat.

50 Es stellt sich die Frage, ob die Statuten einzelne (statutarische) Bestimmungen als **absolut unabänderlich** (d.h. auch nicht mit Einstimmigkeit ²³⁰ abänderbar) erklären können ²³¹ ²³².

51 Diese Frage ist zu verneinen, einmal wegen der **körperschaftlichen Struktur** der AG ²³³ und der **zwingenden gesetzlichen Befugnis der GV zur Statutenänderung** ²³⁴ sowie wegen der Tatsache, dass "... wenn sämtliche Aktionäre der Abänderung zustimmen - **keine Minderheit mehr vorhanden**" ist, "**welche durch die Unabänderlichkeit geschützt werden müsste**" ²³⁵ ²³⁶. Es ist somit davon auszugehen, dass jede statutarische Bestimmung, also auch die statutarischen Quorumsbestimmungen ²³⁷, jedenfalls mit der Zustimmung sämtlicher Aktionäre mit sämtlichen von ihnen gehaltenen Aktien ²³⁸, aufgehoben werden kann ²³⁹. Wurde in bezug auf gewisse Gegenstände das Einstimmigkeitsprinzip in der gesetzlich zulässigen Form normiert ²⁴⁰, so hat der Aktionär ein wohlerworbenes Recht auf die

229 Vgl. E 704 I.

230 Vgl. hinten § 4 RZ 86.

231 Bejahend: D. Wehrli 75ff; ähnlich auch Siegwart Art. 648 N 9.

232 Davon zu unterscheiden sind die von Gesetzes wegen unentziehbaren Aktionärsrechte, welche lediglich vom Gesetzgeber abgeändert werden können und somit der Kompetenz der GV entzogen sind, vgl. dazu Forstmoser/Meier-Hayoz § 34 N 14ff, welche diese Rechte als unverzichtbare Aktionärsrechte bezeichnen. Im Ergebnis decken sich aber diese Begriffe, indem lediglich die Betrachtungsweise unterschiedlich ist: Bei der Unverzichtbarkeit steht der einzelne Aktionär im Mittelpunkt.

233 Vgl. dazu Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 106 mit überzeugender Begründung.

234 Vgl. OR 698 II Ziff. 1.

235 Forstmoser a.a.O.

236 Ebenso Kemahlioglu 58; Siegwart Art. 648 N 9; Strub 49.

237 Vgl. vorne RZ 4.

238 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 27.

239 Strub 49; vgl. auch Siegwart a.a.O.

240 Diese "relative Unabänderlichkeit" kann sich auch aufgrund einer Auslegung ergeben,

Beibehaltung dieser Statutennorm, womit sie nur mit der "Zustimmung sämtlicher Aktionäre" ²⁴¹ wieder aufgehoben werden kann. Dies folgt auch aus dem vorne in RZ 47 aufgestellten Grundsatz, dass eine über das Quorum von OR 648 I hinausgehende statutarische Beschlusser schwerung mit einer **derselben Erschwerung** unterliegenden Beschlussfassung wieder aufgehoben werden kann ²⁴².

52 **Dasselbe** gilt m.E. analog für **reglementarische** Normen, welche als absolut unabänderlich erklärt werden sollen. Diese können nebst der Aufhebung im Reglementsänderungsverfahren ²⁴³ auch durch die Statuten derogiert und somit abgeändert werden ²⁴⁴

53 **Erleichterungen** von innergesellschaftlich vorgesehenen **Beschlusserleichterungen** dienen dem Minderheitenschutz ²⁴⁵. Es rechtfertigt sich daher, - analog der Erleichterung von gesetzlichen Quoren - das für diesen Beschluss bisher geltende Quorum anzuwenden. Es kann daher auf die Ausführungen in RZ 38 verwiesen werden.

b) **Aufhebung**

54 Die **Aufhebung** bzw. **Erschwerung** ²⁴⁶ einer innergesellschaftlich eingeführten erleichterten Quorumsbestimmung ²⁴⁷ stellt einen Anwendungsfall für die **statutarische Einführung einer erschwerten Quorumsbestimmung** dar. Es sei diesbezüglich auf vorne RZ 33ff verwiesen.

vgl. Forstmoser a.a.O. § 7 N 102ff.

241 Vgl. vorne § 2 RZ 27 ff, 54.

242 Vgl. vorne RZ 47; unklar Kemahlioglu 57f.

243 Vgl. vorne RZ 6.

244 Vgl. vorne RZ 9ff.

245 Vgl. vorne § 3 RZ 36ff.

246 Die weiteren Erleichterungen unterstehen den Ausführungen in RZ 53.

247 Zu diesem Begriff vgl. vorne FN 178 bei RZ 37.

§ 6 RECHTSFOLGEN DER NICHTERREICHUNG VON QUOREN

I. HERRSCHENDE LEHRE UND RECHTSPRECHUNG

1 Es ist in der Lehre und Rechtsprechung **umstritten**, welche Folge die Nichterreichung von Quoren nach sich zieht. Im geltenden und künftigen Aktienrecht finden sich keine konkreten Anhaltspunkte ¹. Im folgenden werden zunächst die unterschiedlichen Meinungen und ihre Begründungen dargestellt:

1. Nichtigkeit des Beschlusses

2 Für **Nichtigkeit** äussern sich betreffend GV-Beschlüsse:

a) Das Bundesgericht

3 In BGE 78 III 43 hält es fest: "Ein mangels der zwingend vorgeschriebenen Mehrheit nicht gültig gefasster Beschluss wird nicht durch blossen Zeitablauf mangels Anfechtung gültig, noch ist er es vorerst ohne weiteres mit Vorbehalt erfolgreicher Anfechtung."

4 Vgl. auch **a.a.O. 44**: "Die Verwaltung hätte den nicht mit der zwingenden Mehrheit gefassten Beschluss als ungültig betrachten und nicht zur Eintragung anmelden sollen."

5 In BGE 93 II 35 zählt das Bundesgericht die nichtigen Beschlüsse der GV auf. So sei ein Beschluss nichtig,

- wenn er auf dem Zirkulationsweg gefasst worden sei ²
- wenn die GV nicht vom zuständigen Organ einberufen worden sei ³

1 Vgl. OR und E 706 sowie E 660 und 660a. Diese Normen ermöglichen die Anfechtung von Beschlüssen mit einem bestimmten Inhalt. Ueber Beschlüsse, welche ein Quorum nicht erreicht haben, geben sie keine Auskunft.

2 Verweis auf BGE 67 I 346 E. 3.

3 BGE 71 I 387 E. 2a.

- wenn nicht die erforderliche qualifizierte Mehrheit erreicht worden sei ⁴.

6 Es wird sodann auch auf BGE **86 II 88** hingewiesen, worin das Bundesgericht die Nichtigkeit von einem Verstoß gegen die Struktur der juristischen Person, den Gläubigerschutz und gegen die öffentlichen Interessen abhängig gemacht habe bzw. davon, dass der Inhalt sittenwidrig sei. Erfülle ein Beschluss diese Voraussetzungen nicht, so sei er lediglich anfechtbar. Der Entscheid enthält bezüglich der Verletzung von Quoren keine eigene Aussage. Vielmehr wiederholt er die Erwägungen der Entscheide 78 III 43 und 86 II 88.

7 Nichtigkeit wird wohl betreffend die Verletzung eines Einstimmigkeitsquorums auch in **BGE 55 II 103ff** angenommen, wobei aus den Erwägungen nicht klar wird, ob diese Rechtsfolge auf die Verletzung von Quoren oder auf den nicht erfolgten Handelsregistereintrag zurückgeführt wird.

b) Die Materialien

8 Vgl. StenBull StR 1932, 227: "Die Kommission legt Wert darauf, festzustellen, dass die qualifizierte Mehrheit ... in der Generalversammlung selbst gegeben sein muss, ansonsten eben ein rechtsgültiger Beschluss nicht vorliegt".

c) Ein Teil der Lehre

9 So hält z.B. **Jagmetti** unter Hinweis auf OR 648 I fest, dass Beschlüsse, welche zwingend vorgeschriebene gesetzliche Quoren nicht erreichten, nichtig seien. Die Verletzung von "anderen" Quoren stelle dagegen lediglich einen Anfechtungsgrund dar (43).

10 Auch **Schucany** ⁵ bezeichnet - unter Hinweis auf BGE 78 III 43 - einen eines Quorums bedürftigen Beschluss mangels vorgeschriebener Mehrheit als nichtig und erklärt, der erwähnte Entscheid des Bundesgerichts,

⁴ Verweis auf BGE 78 III 43.

⁵ Art. 706 N 2a.

welcher sich auf ein Quorum des Genossenschaftsrechts bezog ⁶, werde wohl auch bei gesetzlicher oder statutarischer Kapital- oder Aktienpräsenz und Kapital- oder Aktienmajorität gelten.

11 Ebenso qualifiziert **Bürgi** ⁷ Beschlüsse, bei welchen gesetzlich oder statutarisch zwingende Quorumsbestimmungen umgangen worden seien, als nichtig ⁸.

12 **F. von Steiger** erachtet hingegen die Rechtsfolge der Nichtigkeit für Beschlüsse, welche der vom Gesetz kraft zwingender Vorschrift geforderten Mehrheit entbehrten ⁹ oder nicht von einer nach zwingender Vorschrift beschlussfähigen Generalversammlung gefasst worden seien, immerhin als "fraglich" ¹⁰.

13 Auch **Zehnder** vertritt die Auffassung, dass Beschlüsse nichtig seien, welche der vom Gesetz geforderten Mehrheit entbehrten. "Ein Beschluss ist nichtig, wenn es an der gesetzlichen Stimmenzahl fehlt, oder es ist vielmehr überhaupt kein Beschluss zustandegekommen" ¹¹.

14 Schliesslich erwähnt auch **Funk** diese Rechtsfolge, jedenfalls betreffend zwingende gesetzliche Quoren ¹².

15 Nichtigkeit wird sodann auch von einem Teil der Lehre postuliert für **Verwaltungsratsbeschlüsse**, bei welchen (Präsenz- oder Stimmen) Quorumsbestimmungen nicht eingehalten wurden, und zwar wird diese Sanktion teilweise gefordert als "**regelmässige Form der Ungültigkeit**" für die nicht anfechtbaren ¹³ Verwaltungsratsbeschlüsse ¹⁴, z.T. aber auch nur

6 Vgl. OR 889 I: 3/4 sämtlicher Genossenschafter.

7 Art. 706 N 11.

8 Es erfolgt ein Hinweis auf BGE 78 III 43.

9 Er erwähnt OR 648.

10 Aktiengesellschaft 204.

11 128 m.w.H. in FN 35.

12 Art. 648 N 1.

13 Vgl. dazu BGE 76 II 51ff = SAG 23 (1950/51), 140ff und dazu die Monographie von Stauber, insbesondere 161ff sowie etwa Jagmetti 76ff; Geitner 216, Kohler 66ff; Albers-Schönberg 107; Bürgi Art. 716 N 24ff u.v.a.

14 Jagmetti 103ff; vgl. auch 104: "So können gewisse Mängel, die für einen GV-Beschluss blosser Anfechtungsgründe darstellen würden, für Verwaltungsmassnahmen Nichtigkeitsgründe darstellen."

für lediglich **Präsenzquoren** des Verwaltungsrats verletzende Beschlüsse ¹⁵. **Schluep und ein weiterer Teil der Lehre** halten aber einschränkend dafür, dass jedenfalls die Verletzung von lediglich **statutarisch normierten Bestimmungen** analog der Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe für GV-Beschlüsse ¹⁶ **nie** die Nichtigkeitsfolge nach sich ziehe ¹⁷. Nach dieser Ansicht wären sodann allenfalls lediglich die gesetzlichen Präsenzquoren verletzenden Verwaltungsratsbeschlüsse nichtig. Für diese wird denn auch von einem Teil der Lehre analog dem Recht der GV-Beschlüsse die Möglichkeit der **Anfechtbarkeit** gefordert ¹⁸. Das **Bundesgericht** hat sich zu diesem Problem betreffend Quoren verletzende Verwaltungsratsbeschlüsse m.W. noch **nie geäußert** ¹⁹.

15 Von Greyerz, Aktiengesellschaft 192; Bürgi Art. 706 N 11; Schulz-Dornburg 63; Peyer 68; Schulthess 56f.

16 Vgl. dazu Geilinger 143 und die vorne RZ 3ff zit. BGE's 78 III 43 und 93 II 35.

17 Schluep, wohlverworbene Rechte 278; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 206, welcher auch noch die dispositiven Gesetzesbestimmungen miteinbezieht von Greyerz a.a.O. 103 sowie auch Stauber 211, welcher sogar dafür hält, dass die Verwaltungsratsmitglieder auf die Anfechtung solcher Beschlüsse, welche lediglich statutarische Quoren verletzten, verzichten könnten und diese Entscheide ihnen daher "zuzurechnen" seien (a.a.O. 123). Nach meiner Ansicht ist aber ein Quorumsbestimmungen "verletzender" Beschluss inhaltlich immer negativ, und zwar von Anfang an. Die geplante Rechtsveränderung ist überhaupt nicht zustandegekommen, auch nicht bedingt, unter der Voraussetzung der Nicht-Anfechtung. Das Problem der Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen stellt sich bei der Nicht-Einhaltung von Quorumsbestimmungen deshalb überhaupt nicht, vgl. vorne § 1 RZ 58ff, 78ff. A.M. schliesslich auch Bürgi, welcher - noch weitergehend - auch für statutarische Präsenzquoren verletzende Beschlüsse die Nichtigkeitsfolge fordert (a.a.O.).

18 Vgl. dazu hinten RZ 22.

19 Der einzige Entscheid, der sich m.W. ausdrücklich mit Quoren verletzenden Verwaltungsratsbeschlüssen auseinandersetzt, ist vom Luzerner Obergericht am 28. April 1966 gefällt worden (publiziert in SJZ 65 (1969) Nr. 15, 40). Dort wird ausdrücklich festgehalten, statutenwidrige Verwaltungsratsbeschlüsse seien nie nichtig. Immerhin ist zu beachten, dass im Entscheid des Obergerichts lediglich eine Kompetenzüberschreitung des Verwaltungsrats zu beurteilen war. Vgl. dazu auch hinten RZ 22.

2. Anfechtbarkeit des Beschlusses

15a Für **Anfechtbarkeit** dagegen äussern sich:

a) Das Bundesgericht

16 Zu erwähnen sind hier die Entscheide **BGE 80 II 278, 86 II 88, 93 II 35** ²⁰.

17 In **BGE 80 II 278** ging es um das Quorum von OR 888 II, welches für bestimmte Genossenschaftsbeschlüsse (Auflösung, Fusion, Statutenänderung) eine Mehrheit von Zweidrittel der abgegebenen Stimmen erfordert. Das Bundesgericht erklärt hiezuh "auch eine Beschlussfassung mit bloss absoluter statt mit Zweidrittels-Mehrheit" hätte "in Anbetracht des Gegenstandes und der Auswirkungen aus den mehrfach genannten Gründen die Anfechtbarkeit und nicht die Nichtigkeit zur Folge gehabt" ²¹. Die "Gründe" sind S. 275 erwähnt, wo festgehalten wird, ein Beschluss sei anfechtbar und nicht nichtig, wenn er "nur Statuten, Gesetzesbestimmungen dispositiven Rechts oder Vorschriften, die zwar zwingend sind, aber lediglich den Schutz der privaten Interessen der einzelnen Aktionäre bezwecken" verletzt. Dabei beruft sich das Bundesgericht auf ein unveröffentlichtes Urteil vom 22.11.1939, wo dieser Grundsatz im Hinblick auf das Aktienrecht, nämlich auf OR 700 ²², angewandt worden sei und erklärt, diese Grundsätze seien auch auf die entsprechende Norm für das Genossenschaftsrechts (OR 883) und damit auch auf das Zweidrittels Anwesenheitsquorum OR 888 II anwendbar.

18 Unklar ist jedoch, weshalb sich das Bundesgericht hier nicht mit dem früher ergangenen Entscheid **78 III 43** auseinandersetzte, welcher dieselbe Problematik betraf und die Nichtigkeit postulierte, obwohl es sich um einen ähnlichen Sachverhalt ²³ handelte.

20 Bestätigung von BGE 86 II 88, vgl. dazu vorne RZ 6.

21 278.

22 Einberufung der GV.

23 Einführung der persönlichen Haftpflicht der Gesellschafter.

19 In BGE 86 II 88 erklärt das Bundesgericht explizit betreffend die Quoren von OR 648 I, 636 und 650, dass deren Verletzung keine von Amtes wegen zu beachtende Nichtigkeit der betreffenden GV-Beschlüsse darstelle, weil diese in casu weder die Grundstruktur der juristischen Person missachteten, noch unvereinbar seien mit Rechtssätzen, welche dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger oder der Wahrung öffentlicher Interessen dienten, noch inhaltlich unsittlich seien.

20 Sehr aussagekräftig ist aber dieser Entscheid nicht, weil es sich beim oben geschilderten Problem um eine Frage handelte, welche das Bundesgericht nur sehr summarisch prüfte.

b) Ein Teil der Lehre

21 Ebenso sind auch **Wander** ²⁴, **Haefliger** ²⁵ und **Bär** ²⁶, für Anfechtbarkeit, jedoch ohne nähere Begründung sowie auch **Geilinger** ²⁷, welcher jedoch z.T. widersprüchlich argumentiert ²⁸. **B. Hess** ²⁹ bezeichnet einen GV-Beschluss nur dann als nichtig, wenn das absolute Mehr nicht erreicht worden ist. Sei dieses zwar erreicht, nicht jedoch ein weiteres gesetzliches oder statutarisches Quorum, so sei ein GV-Beschluss lediglich anfechtbar. Dies gelte auch für zwingende gesetzliche Quoren deshalb, weil diese ja lediglich verbandsinterne Wirkung hätten und keinerlei Drittinteressen berührten ³⁰.

22 Schliesslich äussert sich neuestens auch **Staubert** einmal zugunsten der Anfechtbarkeit von **Verwaltungsratsbeschlüssen** generell ³¹ sowie dafür, dass insbesondere Einberufungs-, Präsenz- und Abstimmungsvorschriften verletzende Verwaltungsratsbeschlüsse anfechtbar seien ³². Dieser Folge unterliegen nach seiner Ansicht sämtliche (VR) Beschlüsse, welche lediglich

24 42 und 46

25 84.

26 Aktienrechtsreform 151 sowie derselbe, aktuelle Fragen 506.

27 142.

28 Etwa im Vergleich zu seinen Aussagen S. 25f.

29 146ff.

30 Er stützt sich dabei auf die vorn zitierten Bundesgerichtsentscheide, vgl. RZ 17 - 20.

31 Vgl. insbesondere 123, 166ff, sowie die Nachweise betreffend weitere Befürworter a.a.O., 176ff und etwa Siegwart, Anfechtung 421 ff.

32 212 FN 280.

formelle Mängel aufweisen, d.h. solche, die das Verfahren der Abstimmung verletzen und auch solche, welche lediglich statutarische Bestimmungen missachteten³³. Auch die Beschlussunfähigkeit erachtet er als Anfechtungsgrund für dennoch gefasste Beschlüsse³⁴. Schliesslich bewirkt nach dieser These auch die Verletzung bloss **reglementarischer Vorschriften**, insbesondere diejenige von **Organisationsreglementen**³⁵ die Anfechtbarkeit der entsprechenden Beschlüsse³⁶.

II. ABWEICHENDE MEINUNGEN UND EIGENE ANSICHT

23 Nach unserer schon eingangs erwähnten Ansicht ist ein Beschluss, welcher ein dafür erforderliches Quorum nicht erreicht, kein "Nichtbeschluss", sondern - sofern die formellen Voraussetzungen gegeben sind³⁷ - ein sog. **negativer Beschluss mit dem Inhalt, dass der gestellte Antrag abgelehnt wurde**. Zur Begründung vgl. vorne § 1 RZ 58ff, 78ff und zusätzlich etwa die Ansicht von **Zimmermann** betreffend das Präsenz-/Stimmenquorum von OR 648 I:

24 "Art. 648 Abs. 1 gewährt den vorhandenen Aktionären einen besonders wirksamen Schutz gegen die Einführung von Stimmrechtsaktien. Stimmen dem Antrag auf Einführung solcher Aktien nicht wenigstens zwei Drittel des (gesamten) Grundkapitals zu, so ist er als **abgelehnt** zu betrachten. Er ist und bleibt auch dann abgelehnt, wenn die Aktionärschaft, die mit der Einführung solcher Aktien nicht einverstanden ist, die gerichtliche Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses unterlässt. Die Erhebung der Anfechtungsklage des Art. 706, insbesondere dessen Abs. 2, fällt überhaupt nicht in Betracht ... Stimmt die Generalversammlung über einen Antrag auf Einführung von Stimmrechtsaktien ab, so liegt ... ein **Generalversammlungsbeschluss** auch dann vor, wenn der Antrag abgelehnt wird. In diesem Falle liegt ... **kein "Nichtbeschluss", nicht also "gar kein Beschluss"**, ein "juristisches Nichts", sondern ein den Antrag **ablehnender Beschluss** vor. Das ist keine Besonderheit von OR 648. Es entspricht vielmehr dem allge-

33 211, vgl. dazu auch vorne RZ 15.

34 215.

35 Vgl. dazu vorne § 5 RZ 6.

36 Stauber 212 FN 277. Ebenso: Zimmermann 59.

37 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 29ff und § 4 RZ 2f sowie § 7 RZ 2ff, § 8 RZ 1ff.

meinen Grundsatz, dass jeder Generalversammlungsbeschluss, welcher nicht mit der nach Gesetz oder den Statuten erforderlichen qualifizierten oder sogar einfachen Mehrheit der Stimmen oder der Nichtbeobachtung eines gesetzlichen oder statutarischen Quorums gefasst wird, die Ablehnung des gestellten Antrages bedeutet. Dieses Prinzip ist heute nicht unbestritten, jedoch von der überwiegenden neuern Auffassung der deutschen Jurisprudenz als massgeblich anerkannt." (39f m.w.H. in FN 30).

25 Auch **Geilinger**³⁸ und **Hueck**³⁹ betonen, es liege ein negativer Beschluss vor, wenn eine geforderte Mehrheit nicht erreicht worden sei, auch wenn er nur eine Minderheits-Stimmenzahl auf sich vereinige. Ebenso qualifizieren **Feldmann**⁴⁰ und **Bruderer**⁴¹ die Ablehnung eines Antrages als Beschluss mit dem Inhalt, etwas nicht zu tun, etwas zu unterlassen.

26 Diese Autoren setzen sich aber nur mit **Mehrheitsquoren**⁴² auseinander. M.E. sind aber auch **Minderheitsquoren** denkbar⁴³, womit u.U. auch die Minderheit gegen den Willen der Mehrheit einen positiven Beschluss fassen kann, weshalb nicht nur der negative, sondern auch der positive Minderheitsbeschluss möglich ist⁴⁴.

27 Ein Beschluss, welcher ein erforderliches Quorum nicht erreicht, im übrigen aber formrichtig zustandegekommen ist⁴⁵, ist daher auch zu **protokollieren**⁴⁶ und **anfechtbar**⁴⁷. Allein deshalb, weil die geforderte Präsenz oder Anzahl positiver Stimmen für die Annahme eines Antrags nicht erreicht wurde, ist er jedoch, falls die übrigen Voraussetzungen gegeben sind⁴⁸, weder nichtig noch anfechtbar, sondern **gültig** und **einfach negativ** und der **gestellte Antrag abgelehnt**⁴⁹. Es ist die von diesem beabsichtigte Rechtsveränderung, welche nicht zustandegekommen ist und nicht der Be-

38 26 m.w.H. in FN 41.

39 Generalversammlungsbeschlüsse 11ff.

40 48.

41 26.

42 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 34ff.

43 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 78ff.

44 Vgl. dazu vorne a.a.O. und § 3 RZ 36ff.

45 Vgl. vorne RZ 23 FN 41.

46 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 83 und § 4 RZ 122.

47 Weil es sich nicht um ein "juristisches Nichts" handelt.

48 Vgl. vorne § 4 RZ 3.

49 Vgl. vorne § 1 RZ 81ff.

schluss selber ⁵⁰. Um dies festzuhalten, braucht der Beschluss **nicht angefochten** zu werden, weil die Rechtsveränderung in dem Moment "gescheitert" ist, in welchem feststeht, dass das Quorum nicht erreicht wurde ⁵¹. Allenfalls kann eine entsprechende **Feststellungsklage** erhoben werden ⁵². Weil Quoren nicht dem Schutze der Oeffentlichkeit dienen, hat der Handelsregisterführer deren Einhaltung nicht zu überprüfen ⁵³. Er ist aber dennoch berechtigt, die Eintragung **offensichtlich** nicht zustandegekommener Rechtsveränderungen zu verweigern, weil sonst der Registereintrag unrichtig wäre ^{54 55}.

50 Vgl. vorne a.a.O.

51 Vgl. vorne § 1 RZ 86ff.

52 Also nach dem Auszählen der Stimmen, vgl. vorne § 4 RZ 127.

53 Vgl. vorne § 4 RZ 136.

54 Vgl. vorne § 4 RZ 136.

55 Zur heilenden Wirkung vgl. vorne RZ 130ff.

2. TEIL

GELTENDES RECHT

§ 7 GENERALVERSAMMLUNGS-QUOREN

1 Im folgenden werden zunächst **Begriff, Funktion und Erscheinungsformen** der GV sowie die vom Gesetz vorgesehenen **Sonderversammlungen mit organähnlichen Funktionen** dargestellt. Sodann werden die Erkenntnisse des allgemeinen Teils auf die einzelnen GV-Quoren des geltenden Rechts angewandt und deren Anwendungsbereich erörtert.

I. BEGRIFF DER GENERALVERSAMMLUNG

2 Wie vorne gezeigt wurde setzt der Begriff der Generalversammlung nach allgemeinem Sprachgebrauch die Zusammenkunft einer **Mehrheit von Personen** voraus ¹.

3 Das Wort "Generalversammlung" ist jedoch dem "**Regelfall**" einer **mittelgrossen Publikumsgesellschaft** entnommen, weil der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Aktienrechts diesen Gesellschaftstypus vor Augen hatte ².

4 Weil nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift auch **Einmannaktiengesellschaften** geduldet sind ³ und weil das Gesetz selber kein allgemeines Präsenzquorum normiert, genügt aber für die Abhaltung einer Generalversammlung grundsätzlich die **Anwesenheit eines einzigen Aktionärs** ⁴ bzw. Vertreters mit einer einzigen Aktie; m.a.W. das Erscheinen einer Mehrheit von Personen ist **nicht begriffsnotwendig**.

5 Damit eine rechtsgültige Generalversammlung vorliegt, müssen somit nur **drei Voraussetzungen** erfüllt sein:

1 Vgl. Jacusiel 4ff; Rohrer 5 und vorne § 2 RZ 22.

2 Vgl. Jacusiel 4 und Forstmoser/Meier-Hayoz § 2 N 1ff.

3 Vgl. OR 625 II und dazu vorne § 1 RZ 50ff.

4 Vgl. vorne § 2 RZ 5.

6 Die Versammlung muss - falls nicht eine Universalversammlung abgehalten wird ⁵ - vom zuständigen Organ ⁶ formrichtig ⁷ **einberufen** worden sein. Dadurch unterscheidet sie sich von der bloss zufälligen Zusammenkunft mehrerer Aktionäre ⁸.

5 Vgl. dazu sogleich RZ 20ff.

6 Vgl. OR 699 I bis III. Dieses zuständige Organ ist/bzw. sind entweder:

- die Verwaltung oder
- die Kontrollstelle oder
- die Liquidatoren oder
- die Vertreter der Anleiensgläubiger oder
- die Richter auf Begehren von 10% des GK vertretende Aktionäre, falls die Verwaltung diesem Begehren binnen angemessener Frist nicht nachkommt. Gemäss E 699 III können 10% des AK vertretende Aktionäre künftig **selber** eine Generalversammlung einberufen.

Vgl. dazu etwa U. Chicherio, die Einberufung der GV durch die Kontrollstelle (Diss. Zürich 1946).

7 Dazu gehört die gesetz- oder statutenmässig formrichtige Art der Einberufung, an **jeden Aktionär** (vgl. E 660 Ziff. 1 und Bürgi Art. 689 N 9, Hueck, Generalversammlungsbeschlüsse 7ff), d.h. gemäss OR 700 I mindestens 10 Tage und nach E 700 I 20 Tage zum voraus unter Angabe der Traktanden. (Vgl. zur Traktandenliste insbesondere BGE 103 II 141). Nach E 700 II müssen auch die **Anträge des Verwaltungsrats oder der Aktionäre**, welche die Durchführung der GV verlangt haben, mit der Einberufung bekanntgegeben werden. Anträge auf Statutenänderungen sind am Hauptsitz und allenfalls bei den Zweigniederlassungen aufzulegen, worauf bei der Einberufung hinzuweisen ist, vgl. OR 700 I. Gemäss OR und E 626 Ziff. 7 und 700 I müssen die Statuten **zwingend** Vorschriften über die Art der Einberufung enthalten (vgl. Bürgi Art. 700 N 10 m.w.H.). Es muss in den Statuten demnach aufgeführt sein, ob die Einladung durch

a) öffentliche Publikation, oder

b) persönliche Einladungen, allenfalls durch

c) eingeschriebenen Brief

erfolgen muss. Bei Namenaktien sind die unter b) und c) genannten Bekanntmachungen üblich (Bürgi a.a.O. N 11ff.), bei Inhaberaktien ist eine öffentliche Publikation unvermeidlich (vgl. dazu Bürgi a.a.O.). Ein besonderes Mittel des Aktionärs- und Minderheitenschutzes ist die Zustellung der Einladung durch **eingeschriebenen Brief**. Wurde ein solcher - z.B. wegen Ferienabwesenheit - nicht abgeholt, so fehlt das Erfordernis der gehörigen Vorladung und die Generalversammlung kann nicht abgehalten werden bzw. ihre Beschlüsse sind nichtig (vgl. nachfolgend RZ 11). Ohne spezielle Angabe in den Statuten ist aber eine gewöhnliche Zustellung an die bekanntgegebene Adresse genügend, womit das Risiko in dem Moment, wo der Brief in seinem Machtbereich ist, beim Aktionär und nicht bei der Gesellschaft ist, vgl. dazu von Tuhr/Peter, § 22, 169 betreffend empfangsbedürftige Erklärungen.

8 Vgl. dazu insgesamt auch Schucany Art. 698 N 1 letzter Absatz und Ensslin 59 ff.

7 Sodann muss mindestens ein Aktionär oder Vertreter mit mindestens **einer Aktie** anwesend sein ^{9 10 11}. Dies ist ein **personalistisches Element** im Recht der Aktiengesellschaft ¹².

8 Schliesslich muss sie zum Zwecke der Behandlung von **Gesellschaftsangelegenheiten** einberufen werden ¹³.

9 Eine Generalversammlung kann somit definiert werden als eine **Zusammenkunft von einem oder mehreren Aktionären oder Aktienvertretern, zu welcher die Teilnahmemöglichkeit für die Gesamtheit der Aktionäre oder Vertreter bestanden hat** und welche - falls nicht sämtliche Aktionäre und Vertreter anwesend sind - **vom zuständigen Organ formrichtig einberufen worden sind zum Zwecke der Behandlung von Gesellschaftsangelegenheiten** ¹⁴.

10 Die **positive Beschlussfähigkeit** ist kein Merkmal der GV, sondern eines **positiven Beschlusses** ¹⁵. Ist also ein gesetzliches oder statutarisches Präsenzquorum nicht eingehalten worden, so liegt - falls die oben beschriebenen Voraussetzungen gegeben sind - zwar eine Generalversammlung vor, sie kann jedoch keine Rechtsveränderungen durchsetzen. Dadurch werden die nicht anwesenden Aktionäre geschützt ¹⁶.

9 Ist kein Aktionär anwesend, so kann keine GV abgehalten werden, vgl. Schucany a.a.O.; Jacusiel a.a.O.; Ensslin a.a.O.; Kemahlioglu 54 und vorne § 2 RZ 22.

10 Deshalb sind im Recht der GV telefonische, schriftliche (Zirkulationsbeschlüsse) und Urabstimmungen unzulässig, vgl. Ensslin 60; Forstmoser/Meier-Hayoz § 19 N 10; F. von Steiger a.a.O. 181 und BGE 67 I 237. Kritisch dazu Weber-Dürler 108ff. Fraglich sind neue Formen von Sitzungen, z.B.: "Video-Versammlungen" oder Telefonkonferenzsitzungen, vgl. dazu betreffend den Verwaltungsrat hinten § 8 RZ 21.

11 Grundsätzlich hat der Einmannaktionär sämtliche Formalakte der AG einzuhalten. Faktisch wird sich die "Beschlussfassung" desselben aber wohl auf die Protokollierung beschränken, vgl. dazu ausführlich vorne § 1 RZ 50ff. Auf die gehörige Einberufung kann er verzichten, da er i.d.R. eine Universalversammlung abhält, vgl. dazu hinten RZ 20ff, 23.

12 Vgl. vorne § 2 RZ 20ff, 22.

13 Vgl. OR 689 I und Ensslin 60, Bürgi Art. 689 N 7 sowie U.G. Frei 46 und Hensel 151, welche noch das Bewusstsein der Aktionäre, an der GV teilzunehmen, erwähnen. Dieses manifestiert sich m.E. aber in der Beratung von Gesellschaftsangelegenheiten. Werden ausschliesslich private Traktanden behandelt, so liegt schon nach dem funktionellen Organbegriff kein Organ und damit auch keine GV vor, vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 15 N 1 und Forstmoser, Organbegriff 1ff; dazu vorne § 1 RZ 38ff.

14 Im Ansatz ähnlich Ensslin 60f.

15 Vgl. vorne § 1 RZ 84ff.

16 Vgl. vorne § 3 RZ 32ff.

11 Fehlen die **erwähnten Voraussetzungen** für das Vorliegen einer GV, so ist die betreffende Versammlung keine GV, sondern lediglich eine **private Zusammenkunft von Aktionären**, an welcher **keine für die AG verbindlichen Beschlüsse** gefasst werden können und deren Beschlüsse daher auch nicht der Anfechtung bedürfen¹⁷. Eine solche Versammlung ist da-

17 Vgl. Schucany a.a.O.; Kemahlioglu 54; Jacusiel 18; Bär, Aktienrechtsreform 150f sowie BGE 72 II 106, 71 I 387. A.M. Bürgi Art. 700 N 27 und Art. 706 N 8ff, welcher bei nicht formrichtiger Einberufung lediglich für die **Anfechtbarkeit der gefassten Entscheide** hält. Bei Art. 689 N 9 erwähnt er aber auch, dass keine GV im Rechtssinne vorliege, wenn die Mindestanfordernisse bei der Einberufung nicht eingehalten worden seien. Hier normierte nämlich der Gesetzgeber selber die Nichtigkeitsfolge, indem er die absolute Beschlussunfähigkeit ausdrücklich erwähnt. Andernfalls wäre Abs. II von OR 700 überflüssig. Im **Entwurf** ist dies sodann auch in Art. 660a Ziff. 1 festgehalten. Es liegt somit keine Generalversammlung im Rechtssinne vor (vgl. vorne RZ 5ff), weshalb diese Versammlung auch keine GV-Beschlüsse fassen kann. Es handelt sich somit m.E. gar nicht um einen "Zweifelsfall", bei welchem anhand der üblichen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe geprüft werden muss, ob die entsprechenden Entscheide nichtig oder anfechtbar sind (vgl. dazu Forstmoser/Meier-Hayoz § 21 N 17), sondern von einer eindeutigen, vom Gesetz vorgesehenen Nichtigkeit, welche sich auch daraus ergibt, dass - weil der Entscheid nicht vom zuständigen Organ gefasst wurde - kein OR 706 entsprechendes Anfechtungsobjekt vorliegt. Selbst wenn also angenommen würde, die Versammlung könnte - trotz der gesetzlich vorgesehenen generellen Beschlussunfähigkeit - dennoch Beschlüsse fassen, so wären dies eben **keine Generalversammlungsbeschlüsse**.

Bürgi argumentiert denn auch **widersprüchlich**: Die Erklärung des Gesetzgebers in OR 700 II, die GV sei ohne gehörige Ankündigung nicht beschlussfähig, deutet er anders als die identische Aussage betreffend die nicht vollständige Universalversammlung in OR 701 II:

- Betreffend OR 700 II erklärt er, dieser Norm widersprechende Beschlüsse seien anfechtbar (a.a.O.),
- Betreffend OR 701 II hält er dafür, dass "Beschlüsse", welche trotz dem Weggang eines Aktionärs gefasst worden sind, nichtig seien, weil hier keine GV mehr vorliege.

Indessen können beide "Sanktionen" nur **einheitlich** entschieden werden: OR 700 I wie auch OR 701 I bezwecken den Schutz abwesender Aktionäre vor Beschlussfassungen über ihnen nicht (oder nicht gehörig) bekanntgegebenen Rechtsveränderungen, zu denen sie sich nicht äussern und zur Wehr setzen können (vgl. vorne § 3 RZ 30ff). Primär schützen beide Normen daher **Aktionärs-** und keine öffentlichen Interessen. Indessen handelt es sich m.E. um Verletzungen von zwingenden Grundpfeilern des Aktienrechts, nämlich des Grundsatzes, dass nur die zuständigen Organe Organbeschlüsse fassen sollen, weshalb eben gar keine GV-Beschlüsse vorliegen.

Es ist daher unhaltbar, dass Bürgi die Rechtsfolgen betreffend beide Fallgruppen

- a) unterschiedlich beurteilt und
- b) einerseits Anfechtbarkeit annimmt, obwohl kein geeignetes Anfechtungsobjekt vorliegt und andererseits für Nichtigkeit hält, obwohl er selber erklärt, die Missachtung von Vorschriften, die ausschliesslich den Interessen von Aktionären dienen und überdies keine grössere Bedeutung für die Allgemeinheit aufwiesen, bewirke lediglich die Anfechtbarkeit eines GV-Beschlusses (Art. 706 N 28).

her mit Ausnahme der Einberufung einer a.o.GV¹⁸ gänzlich, d.h. auch **negativ** beschlussunfähig^{19 20 21}.

II. FUNKTION DER GENERALVERSAMMLUNG

12 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 38ff und ausführlich Kaestlin 1ff.

III. ARTEN

1. Konstituierende Generalversammlung

13 Die der **Konstituierung der Gesellschaft** dienende und den Gründungsvorgang bei der Sukzessivgründung **abschliessende GV** wird vom Gesetzgeber als "**konstituierende Generalversammlung**" bezeichnet^{22 23}. Sie stellt den ersten körperschaftlichen Akt der Gesellschaft dar, durch den die innere Organisation der werdenden Gesellschaft festgelegt und die notwendige Voraussetzung für die Handelsregistereintragung geschaffen wird²⁴. Sie hat die gleiche Funktion wie der "**Errichtungsakt**" bei der Simultangründung²⁵.

14 Nach **klarer Gesetzesvorschrift**²⁶ sind die Bestimmungen über die **Einberufung** und die **Beschlussfassung** der Generalversammlung auch auf

18 Vgl. OR 700 II.

19 Vgl. dazu Kemahlioglu a.a.O. und vorne § 1 RZ 84ff.

20 Vgl. zur Universalversammlung hinten RZ 20ff.

21 Weil GV-Beschlüsse eben nur in einer rechtmäßig gültigen Generalversammlung gefasst werden können, sind die sog. Minderheitsverlangen (vgl. dazu vorne § 3 RZ 36) keine GV-Beschlüsse; vgl. Jacusiel a.a.O.; Kemahlioglu a.a.O. und Steiner, SAG 21 (1948/49) 110ff.

22 Vgl. OR 634 I und im speziellen Steiner, Generalversammlung, 83ff, 85 und Forstmoser, Aktienrecht § 10 N 272ff.

23 Zur Situation bei der Simultangründung vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 19 N 1 II.

24 Vgl. Geilinger, 18 Nr. c) und Forstmoser, Aktienrecht § 9 N 104.

25 Vgl. Forstmoser a.a.O. N 272 und hinten RZ 92.

26 Vgl. OR 634 II.

diese Versammlung anzuwenden ²⁷ ²⁸. Sie trägt somit die Züge der Generalversammlung ²⁹.

15 Daneben gelten aber **besondere Bestimmungen** für diese Versammlung betreffend die Annahme des Statutenentwurfs ³⁰ sowie betreffend die Anfechtung der für den Erfolg der Gründung entscheidenden Beschlüsse ³¹.

2. Ordentliche und ausserordentliche Generalversammlung

16 Diese GV-Arten unterscheiden sich lediglich in bezug auf den **Zeitpunkt**:

17 Die sog. "**ordentliche**" Generalversammlung muss alljährlich **innerhalb von sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres** einberufen werden ³².

18 "**Ausserordentliche**" Generalversammlungen werden - ausser den Fällen von OR und E 725 I ³³ und E 726 II ³⁴ - lediglich **nach Bedarf** einberufen ³⁵.

19 Im übrigen bestehen weder in bezug auf die **Formvorschriften**, noch in bezug auf die **Kompetenzen** rechtliche Unterschiede zwischen den beiden Versammlungsarten ³⁶. Im Gegensatz zum französischen Recht sind die positiven Beschlüsse der ausserordentlichen GV nicht von vorneherein erschwert ³⁷. "Entscheidend für die Erschwerung ist nach schweizerischem

27 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 27 FN 63..

28 Sie kann aber auch als Universalversammlung ohne vorherige Einladung abgehalten werden, vgl. Siegwart Art. 634-636 N 6 a.E. und hinten RZ 20ff.

29 Vgl. Forstmoser, Aktienrecht § 9 N 274.

30 Vgl. OR 635 III (Zustimmung sämtlicher Zeichner).

31 Vgl. OR 643 II (Auflösung der Gesellschaft).

32 Vgl. OR 699 II. Diese Bestimmung ist absolut zwingender Natur, vgl. BGE 107 II 246 ff; a.M. Schucany Art. 699 N 4 II.

33 Kapitalverlust und Ueberschuldung.

34 Einstellung der Funktionen von Bevollmächtigten und Beauftragten, welche durch die GV bestellt wurden.

35 Vgl. OR 699 II.

36 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 19 N 2.

37 Vgl. die Nachweise bei Geilinger 18 und Zehnder 18.

Recht nicht die Art der Generalversammlung, sondern der zu behandelnde qualifizierte Gegenstand" ³⁸.

3. Universalversammlung

a) Unterschied zur Generalversammlung

20 Sie unterscheidet sich von der Generalversammlung im eigentlichen Sinn nur dadurch, dass bei ihr **sämtliche Aktien bzw. Aktionäre anwesend oder vertreten** sind und dass auf die für **die Einberufung geltenden Formvorschriften verzichtet** werden kann ³⁹. Im übrigen stehen ihr sämtliche Befugnisse einer Generalversammlung zu. ⁴⁰

b) Praktische Bedeutung

21 Ihre praktische Bedeutung erstreckt sich auf **kleine Aktiengesellschaften**, da es sich bei grösseren Gesellschaften i.d.R. als unmöglich erweist, sämtliche Aktienstimmen zu versammeln ⁴¹.

c) Besonderheiten

22 Bei ihr wird "in fast idealer Weise der Gedanke, die GV (i.w.S.) solle eine Versammlung sein, an der alle Aktionäre teilnehmen können ..." verwirklicht ⁴². Sie stellt daher - obwohl der Gesetzeswortlaut klar "Aktien" und nicht "Aktionäre" erwähnt ⁴³, wie schon die Generalversammlung allgemein, in noch vermehrtem Masse ein **personalistisches Element** im Recht der AG dar ⁴⁴.

38 Geilinger a.a.O.

39 Vgl. OR 701 I und U.G. Frei 48; Haefliger 12; F. von Steiger, Universalversammlung 193; Gloor 103; Strub 105; vgl. auch BGE 86 II 90ff.

40 Vgl. Kistler, Universalversammlung 102.

41 Vgl. Funk Art. 701 N 1; Bianchi 74; Strub 104; F. von Steiger a.a.O.; Bürgi Art. 701 N 3.

42 Vgl. Strub 104 und vorne § 3 RZ 48ff, 59ff.

43 Vgl. vorne § 2 RZ 22.

44 Vgl. vorne § 2 RZ 20ff.

23 Während früher die Tragweite bzw. der Umfang der in OR und E 701 I erwähnten "für die Einberufung vorgeschriebenen Formvorschriften" umstritten war ⁴⁵, ist man sich heute einig, dass darunter nicht nur "alle jene Vorschriften, deren Zweck es ist, den Aktionären die Teilnahme an der GV zu ermöglichen" ⁴⁶, zu verstehen sind, sondern auch jene, die es dem Aktionär **erleichtern, sich auf die GV vorzubereiten**, also nebst der Einberufung an sich auch die **Bekanntgabe der Traktanden** und allenfalls die Vorlage derselben am Hauptsitz zur Einsichtnahme ⁴⁷ ⁴⁸. Auf all diese in OR und E 626 Ziff. 7, 696 I, 699 und 700 erwähnten Vorschriften kann bei der Abhaltung der Universalversammlung **verzichtet** werden ⁴⁹. Auch wenn damit der vom Gesetzgeber mit den Ankündigungsvorschriften verfolgte Zweck **umgangen** werden kann ⁵⁰, so ist doch festzuhalten, dass sich kein Aktionär ein solches Vorhaben gefallen lassen muss. Wird er an der Versammlung überrumpelt mit Anträgen, zu welchen er (noch) nicht Stellung nehmen will, so kann er die entsprechende Beschlussfassung **verhindern** ⁵¹.

24 Eine dennoch aufgestellte Traktandenliste kann an der Versammlung **beliebig ergänzt und geändert** werden ⁵².

d) Voraussetzungen im einzelnen

25 Es müssen **die Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien anwesend** sein für die entsprechenden Beschlüsse ⁵³. Sodann darf gegen die Abhaltung einer solchen GV und die entsprechenden Traktanden **"kein Widerspruch"** erhoben werden ⁵⁴.

45 Vgl. z.B. Gloor 103; Haefliger 12; Couchepin, SAG 21, 204.

46 Strub 104; vgl. OR und E 700 I.

47 Vgl. Strub 105f; U.G. Frei 48; Hensel 207ff; Funk Art. 701 N 1; Bürgi a.a.O.; Bianchi 74f N 4 und auch BGE 67 I 347.

48 Nicht verzichtet werden kann dagegen auf den Revisionsbericht der Kontroll- bzw. Revisionsstelle, ansonsten die Versammlung zur Behandlung des Jahresabschlusses sachlich nicht kompetent wäre, vgl. OR 729 II und Strub 106 sowie Bürgi a.a.O. N 2.

49 Vgl. OR 701 I, vgl. auch Kistler, Universalversammlung 102 a.a.O.

50 Vgl. Bianchi 74.

51 Vgl. nachfolgend RZ 25f und hinten RZ 327ff.

52 Haefliger 12; Bianchi 74; Bürgi a.a.O. N 4; Strub 105f.

53 Dass sie "bis zum Schluss" bleiben, vgl. von Steiger a.a.O. 194, ist m.E. nicht notwendig. Die Universalversammlung besteht so lange, als die erwähnte Voraussetzung erfüllt ist, vgl. nachfolgend RZ 25 und hinten RZ 327ff.

54 Hensel 212ff; Strub 105; Funk a.a.O. N 2; Haefliger 12. Eine ausdrückliche Zustimmung ist m.E. nicht notwendig, vgl. dazu etwa U.G. Frei 48; F. von Steiger a.a.O.; Bürgi a.a.O. N 10f; Kistler, Universalversammlung 29, 102; Funk a.a.O.; Kistler a.a.O. 102.

e) **Widerspruch bzw. Fehlen eines Aktionärs**

26 In diesem Fall liegt **keine Universalversammlung** vor. Es handelt sich vielmehr um eine blossе Zusammenkunft der Aktionäre ⁵⁵.

4. **Sonderversammlungen mit organähnlichen Funktionen und besonderer Beschlussfassung**

a) **Gesetzliche Sonderversammlungen**

aa) **Vorbemerkungen**

27 In der AG kann die Rechtsstellung der Mitglieder **privilegiert** ausgestaltet werden ⁵⁶. Auch ist eine lediglich **vermögensmässige** Beteiligung zulässig ⁵⁷. Der Gesetzgeber erachtet es in **zwei Fällen** als notwendig, GV-Beschlüsse, welche eine Beschränkung der Rechte dieser Mitglieder- und Beteiligtenkategorie bezwecken, von der **vorgängigen Zustimmung der Betroffenen** abhängig zu machen ⁵⁸⁻⁵⁹, vgl. dazu nachfolgend b) und c). Zu diesem Zweck haben sich diese in **Sonderversammlungen** ⁶⁰ zur **gesonderten Beschlussfassung** über die ihre Sonderrechte betreffenden Beschlüsse **zusammenzufinden** ⁶¹. Die Versammlung kann in demselben Raum wie die GV unter Anwesenheit der Stammaktionäre stattfinden und unmittelbar vor oder nach der GV beschliessen ⁶². Wichtig ist nur, dass den "Sonderaktionären" (bzw. GS-Inhabern) die Möglichkeit geboten wird, **ihre Interessen eindeutig zu wahren** ⁶³.

28 Auf diese Versammlungen und ihre Beschlüsse sind - sofern sie selber nicht schon die Voraussetzungen einer Generalversammlung erfül-

55 Vgl. hinten RZ 327ff.

56 Vgl. dazu nachfolgend RZ 29ff.

57 Vgl. dazu nachfolgend RZ 32ff.

58 Vgl. dazu Geilinger 17; Hensel 152 und F. von Steiger, Aktiengesellschaft 86f.

59 Dieses Abhängigkeitsverhältnis wird z.B. in den Marginalien von OR 654 und 655 zum Ausdruck gebracht, vgl. hinten RZ 264ff.

60 Vgl. Hensel a.a.O.; Geilinger a.a.O.

61 a.a.O.

62 Vgl. Funk Art. 654/5 N 3.

63 Vgl. Funk a.a.O.

len ⁶⁴ - z.T. die Bestimmungen über diese sowie über GV-Beschlüsse **analog** anzuwenden ⁶⁵.

bb) **Prioritätsaktionäre**

29 Gemäss OR 654 II und III haben die Prioritätsaktionäre bei der **Beschränkung ihrer Vorzugsrechte durch die Ausgabe weiterer Vorzugsaktien**, denen Vorrechte gegenüber den bereits bestehenden Vorzugsaktien eingeräumt werden sowie bei der **Abänderung oder Aufhebung ihrer Vorrechte**, einen Anspruch auf eine **gesonderte Beschlussfassung**, von deren Zustimmung der diesbezügliche GV-Beschluss abhängig ist ⁶⁶.

30 Diese Versammlung ist in bezug auf die **ersten zwei Begriffselemente** eine **Generalversammlung** ⁶⁷. Jedoch beschliesst sie in einem **engen Kompetenzbeweis** ⁶⁸ funktionell nicht über Gesellschafts-, sondern über **eigene Interessen** und übt damit lediglich **organähnliche Funktionen** aus. Dennoch handelt es sich um eine Generalversammlung, weil dieser Beschluss darüber entscheidet, ob weitere Vorzugsaktien ausgegeben werden oder nicht und damit in **Gesellschaftsangelegenheiten** eingreift ⁶⁹. Sodann sind sämtliche Vorzugsaktionäre auch Aktionäre.

31 Es handelt sich daher um eine gesonderte Beschlussfassung, einen **Sonderbeschluss einer besonderen Generalversammlung** ^{70 71}.

cc) **Genussscheininhaber**

32 Auch die **Genussscheininhaber** haben nach geltendem und nach neuem Recht bei gewissen Einschränkungen ihrer Rechte einen Anspruch auf gesonderte Beschlussfassung in einer Sondersammlung ⁷².

⁶⁴ Vgl. vorne RZ 5ff und hinten RZ 266ff.

⁶⁵ Geilinger 42; Hensel a.a.O.; Horowitz 4; U.G. Frei 50; Funk Art. 654 N 2; Siegwart Art. 654/56 N 33; vgl. hinten a.a.O.

⁶⁶ Vgl. Geilinger 17; Hensel 152 sowie BGE 69 II 251.

⁶⁷ Vgl. dazu vorne RZ 6f.

⁶⁸ Vgl. U.G. Frei 50 und Geilinger 101.

⁶⁹ Vgl. Geilinger a.a.O.

⁷⁰ Vgl. auch Hensel a.a.O.; Geilinger 42; Horowitz 4; Funk Art. 654 N 3

⁷¹ Zum Quorum vgl. hinten RZ 264ff; zum Entwurf vgl. E 654 und dazu § 9 RZ 12.

⁷² Vgl. dazu OR 657 V und E 657 IV und hinten RZ 294ff sowie § 9 RZ 2.

33 Da es sich aber **nicht um Gesellschaftsmitglieder** handelt, bilden die Genussscheininhaber eine **"echte" Sondersammlung**,⁷³ für welche z.T. **Sonderregelungen** und z.T. **aktienrechtliche Normen** Anwendung finden⁷⁴.

dd) Partizipanten

34 Gemäss E 656 f IV haben die Partizipanten bei der Beschränkung und Aufhebung ihrer Vorrechte und ihrer statutarischen Mitwirkungsrechte einen Anspruch auf gesonderte Beschlussfassung in einer Sondersammlung. Allerdings ist dieses Recht dispositiv ausgestaltet. Die Beschlussfassung selber unterliegt keinem besonderen, sondern - die Partizipanten werden im E den Aktionären weitgehend gleichgestellt⁷⁵ - dem allgemeinen Stimmenquorum⁷⁶.

b) Andere Sondersammlungen

35 In gewissen Fällen ist es auch sinnvoll, z.T. sogar notwendig, **andere Abstimmungen** als Sonderabstimmungen durchzuführen, für welche das Gesetz eine besondere Beschlussfassung nicht vorsieht. Stets geht es dabei um die **Beeinträchtigung von Rechten bestimmter Gesellschaftsmitglieder** und um ihren **Schutz vor der Majorisierung** durch die anderen Aktionäre⁷⁷. So z.B. beim **Entzug wohlervorbener Rechte**, von welchem nur ein **Teil der Aktionäre** betroffen ist⁷⁸. Wenn zuerst über die entsprechende Statutenänderung abgestimmt wird, so ist es erforderlich, dass danach gesondert über den **Entzug der wohlervorbenen Rechte** abgestimmt wird. Vgl. für die **Aktienzusammenlegung**⁷⁹ auch Schluep: "Fasst die GV einen Beschluss zur Statutenänderung mit dem Inhalte, es sei die Gesellschaft befugt, Aktien zusammenzulegen, so bedarf es noch eines **besonderen Zusammenlegungsbeschlusses** im einzelnen Fall"⁸⁰. Falls die entsprechende Rechts-

73 Vgl. Hensel a.a.O.

74 Vgl. dazu OR 657 V i.V.m. OR 1157ff und Siegwart Art. 657/8 N 7 und hinten RZ 307, 317ff. Vgl. auch sogleich - allerdings nur betreffend Partizipanten - RZ 34.

75 Vgl. aber E 656f III.

76 Vgl. OR 703.

77 Vgl. hinten § 9 RZ 12.

78 Vgl. hinten bei § 7 RZ 38ff.

79 Vgl. OR 623 II und hinten RZ 38ff.

80 Schluep, wohlervorbene Rechte 112.

veränderung nicht in der unübertragbaren Kompetenz der GV ist, kann es (ausser der Statutenänderung) sogar beim Sonderversammlungsbeschluss **belassen** werden ⁸¹.

36 Die Statuten dürfen im übrigen nur beim Vorliegen einer **ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung die Gültigkeit der GV-Beschlüsse von der Zustimmung eines "Dritten" abhängig machen** ⁸². Eine solche Ermächtigung findet sich denn auch - **nebst den nachfolgend erwähnten Fällen - lediglich noch für Vertreter von Gemeinwesen** ⁸³ und in den Spezialgesetzen für Pfandbrief-, Eisenbahn- und Versicherungsaktiengesellschaften ^{84 85}.

c) Gesetzliche Sonderbeschlüsse

37 Zuweilen erwähnt das Gesetz auch nur eine **"besondere Beschlussfassung"** ⁸⁶. Mangels anderer Angaben ist darunter ein ordentlicher GV-Beschluss zu verstehen, welcher auf **jeden Fall gesondert gefasst werden muss**, d.h. unabhängig davon, ob über die von ihm betroffenen Gegenstände schon vorher, anlässlich einer anderen Beschlussfassung **mitentschieden** wurde ⁸⁷. Dadurch soll die **Aufmerksamkeit der GV** speziell auf diese Beschlussgegenstände gelenkt werden ⁸⁸.

81 Vgl. dazu das Beispiel bei den GS-Beschlüssen hinten RZ 294ff, 317ff.

82 **Dies einmal deshalb, weil die Funktionen und Kompetenzen der GV in OR 698 II zwingend** festgelegt sind und daher grundsätzlich nur **sie selber** über diese Gegenstände beschliessen kann, vgl. dazu Geilinger 17; Forstmoser a.a.O. § 7 N 71; Tappolet 106, 115f; Erb 182; Caflisch 113; Frey 109; BGE 93 II 113f; 67 I 262ff. und Forstmoser/Meier-Hayoz § 22 N 6. Ferner kommt auch der juristischen Person ein **Persönlichkeitsrecht** und damit der **personenrechtliche Schutz vor übermässiger Abtretung ihrer Rechte an Dritte** (Selbstknebelung) zu, vgl. dazu grundsätzlich Forstmoser/Meier-Hayoz § 2 N 17. Bei der vorgängigen Zustimmung von Gesellschaftsmitgliedern stellt sich stets die Frage nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz, vgl. dazu Forstmoser/Meier-Hayoz § 21 N 6ff. Unklar diesbezüglich Hensel a.a.O., welcher solche Selbstbeschränkungen als "charakteristisch" für die AG erachtet.

83 **Vgl. OR 762 I und Forstmoser/Meier-Hayoz § 22 N 6 sowie Forstmoser Aktienrecht, § 7 N 123 f.**

84 Vgl. dazu Siegwart, Einl. N 119, 131 und 145.

85 Geilinger a.a.O.; Hensel a.a.O.

86 So z.B. OR 636; vgl. dazu nachfolgend RZ 69ff.

87 Vgl. Schucany Art. 636 N 4 und B. Hess 39; a.M. Forstmoser, Aktienrecht § 10 N 182 und Siegwart Art. 634 - 636 N 30.

88 Vgl. Botschaft 24 und Geilinger 68.

IV. OR 623 II

1. Quorum

a) Umschreibung

38 Das Quorum erfordert die "**Zustimmung des Aktionärs**". Zu präzisieren ist hier, dass es sich lediglich um die **betroffenen** Aktionäre handelt ⁸⁹.

b) Art

39 Falls **sämtliche Aktien** umgewandelt werden sollen, so handelt es sich um ein **absolut zwingendes**, ⁹⁰ **maximal erschwertes** ⁹¹ **Einstimmigkeits- (Kopf-) Präsenz-/Stimmenquorum**, ⁹² welches sich auf **sämtliche Aktionäre** ⁹³ und **sämtliche Aktien** ⁹⁴ bezieht.

40 Soll lediglich ein **Teil der bisherigen Aktien** umgewandelt werden und ist mithin lediglich ein **Teil der Aktionäre** betroffen, so kann das Quorum nicht allgemeingültig umschrieben werden, sondern lediglich insofern, als solche GV-Beschlüsse jedenfalls ⁹⁵ der Zustimmung der **betroffenen Aktionäre** mit sämtlichen sich in ihrem Besitz befindlichen Aktien bedürfen. Es handelt sich sodann um ein **relatives Einstimmigkeitsquorum** ⁹⁶.

c) Sinn und Zweck

41 Vgl. dazu vorne § 3 RZ 29ff, 40ff, 48ff, 64ff, 74f, 76f.

89 Vgl. von Greyerz, Aktiengesellschaft 144.

90 Vgl. vorne § 5 RZ 10.

91 Vgl. vorne § 2 RZ 54.

92 Vgl. vorne § 2 RZ 11ff, 54.

93 Vgl. vorne § 2 RZ 20ff.

94 Es müssen beide Voraussetzungen kumuliert erfüllt sein, vgl. § 2 RZ 27ff i.V.m. 17ff, 54.

95 Vgl. hinten RZ 55ff.

96 Vgl. vorne § 2 RZ 55.

d) **Berechnung**

42 Vgl. dazu vorne § 4 RZ 66ff, 76.

e) **Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten**

43 Vgl. dazu vorne § 5 RZ 10, 14, 22ff, 40.

2. **Anwendungsbereich**

44 Das Quorum ist für GV-Beschlüsse über die **Zusammenlegung von Aktien** anwendbar.

45 Der Aktionär hat ein **wohlerworbenes Recht** darauf, dass seine Aktien nicht ohne seine Zustimmung zusammengelegt werden⁹⁷. Dadurch werden nämlich u.U. weitere Mitgliedschaftsrechte⁹⁸ und wohlerworbene Rechte⁹⁹ - in gewissen Fällen sogar seine Mitgliedschaft¹⁰⁰ - betroffen. Ohne seine Zustimmung darf dem Aktionär ohnehin keine über OR 680 I hinausgehende Leistungspflicht auferlegt werden¹⁰¹.

46 Die Zusammenlegung bedingt immer auch eine **Statutenänderung**¹⁰². Der Aktionär kann also von sich aus keine Aenderung des Nennwertes der sich in seinem Besitz befindlichen Aktien vornehmen¹⁰³.

47 Betreffend **Sinn, Zweck und Inhalt** des Zusammenlegungsbeschlusses sowie betreffend die **Durchführung** der Zusammenlegung vgl. insbesondere Siegwart Art. 623 N 5ff; Schucany Art. 623 N 2ff; Funk Art. 623 N 1ff sowie U. Wirz, Die Vereinheitlichung des Aktienkapitals (Bern 1956) 52ff.

97 Vgl. Schucany Art. 623 N 3; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 195, 358; SJZ 30, 105 und hinten bei OR 646 RZ 95ff.

98 Vgl. dazu hinten bei RZ 102ff.

99 Vgl. Funk Art. 623 N 1 III.

100 Nämlich dann, wenn er nicht genügend Aktien besitzt, um an den zusammengelegten Aktien partizipieren zu können, vgl. dazu von Greyerz, Aktiengesellschaft 144; Funk Art. 623 N 1 und hinten RZ 106.

101 Vgl. dazu F. von Steiger a.a.O.

102 Vgl. OR 626 Ziff. 3 und Siegwart a.a.O. N 5 sowie Funk a.a.O. N 1.

103 Funk a.a.O.

48 Das Quorum ist nur auf einen **Zusammenlegungsbeschluss** anzuwenden. Die Zerlegung sämtlicher Aktien in Aktien von kleinerem Nennwert bei gleichbleibendem Grundkapital bedarf der Zustimmung des Aktionärs nicht ^{104 105 106}.

49 Nicht vom Anwendungsbereich erfasst ist auch die Erhöhung des Nennwerts der Aktien durch **neue Leistungen der Aktionäre** in Verbindung mit einer **Erhöhung des Aktienkapitals** aber unter **Beibehaltung der bisherigen Zahl der Aktien** ¹⁰⁷.

3. Besonderheiten

a) Sämtliche Aktien sollen zusammengelegt werden

50 Nach der Ansicht von einem Teil der Lehre kommt eine Zusammenlegung bei einem Antrag auf Zusammenlegung sämtlicher Aktien aber auch dann zustande, wenn lediglich ein **Teil der Aktionäre zustimmt**. Er gilt gemäss dieser Ansicht sodann einfach **nur für die Zustimmenden**. Die nicht zustimmenden Aktionäre sollen das Zustandekommen der Zusammenlegung nicht verhindern können, jedoch sei dieser (positive) Beschluss ¹⁰⁸ ihnen gegenüber einfach **nicht wirksam**, ohne dass es einer Anfechtung bedürfe ¹⁰⁹. Nach der Ansicht dieser Autoren bewirkt der diesbezügliche Zusammenlegungsbeschluss nicht die Zusammenlegung sämtlicher Aktien, sondern lediglich eines **Teils** derselben.

104 Schucany a.a.O. N 3; Funk a.a.O. N 1 II.

105 Eine Benachteiligung der bisherigen Aktionäre tritt nicht ein, da jeder wiederum verhältnismässig gleichviel Rechte erhält wie vorher, vgl. Funk a.a.O. und hinten RZ 201.

106 Es gilt sodann das allgemeine (OR 703) oder statutarische Stimmenquorum, vgl. hinten a.a.O.

107 Vgl. Siegwart a.a.O. N 7; Funk a.a.O. N 1 IV sowie BGE 67 I 111.

108 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 84ff.

109 So Schucany a.a.O. N 3 III; Funk, a.a.O. N 1 III; ähnlich Forstmoser, a.a.O. § 15 N 86f und F. von Steiger, a.a.O. 195, welcher - noch weniger weitgehend - dafür hält: "Allein, man wird in solchen Fällen, wenn an sich das gesetzlich oder statutarisch vorgeschriebene Mehr (...) erreicht worden ist, doch annehmen müssen, dass ein Beschluss zustande gekommen ist, der gilt, solange er nicht mit Erfolg beim Richter angefochten worden ist." Ebenso Kemahlioglu 55.

51 In diesem Fall gilt es aber zu beachten, dass sodann nach erfolgter Zusammenlegung Aktien mit höherem und solche mit tieferem Nennwert nebeneinander bestehen ¹¹⁰ ¹¹¹. Hat eine Gesellschaft statutarisch das **Stückstimmrecht** vereinbart, so werden die bisherigen Aktien zu Stimmrechtsaktien ¹¹², weshalb der entsprechende Zusammenlegungsbeschluss entgegen der oben zitierten Ansicht dennoch für die nicht zustimmenden Mitglieder Wirkung entfaltet. Will man die Zusammenlegung daher im oben erwähnten Sinn weitergelten bzw. dennoch gelten lassen, so wäre zunächst abzuklären, ob die zustimmenden Mitglieder auch diese Konsequenz auf sich nehmen wollen. Der hier gestellte Antrag auf Zusammenlegung **sämtlicher** Aktien beinhaltet nämlich nicht - wie etwa derjenige auf Zusammenlegung lediglich eines Teils der Aktien - gleichzeitig den **Unterantrag auf Schaffung von Stimmrechtsaktien**. Diese Konsequenz muss der Zustimmung nicht auf sich nehmen, weshalb obige Ansicht problematisch ist. Es ist nämlich nicht klar, ob sich die befürwortenden Aktionäre bereit erklärt haben, diese zusätzlichen Leistungen **auch dann zu erbringen, wenn sich nicht alle Aktionäre an der Transaktion beteiligen** ¹¹³. Problematisch ist diese Ansicht aber auch aus weiteren Gründen:

52 Die Argumentation ist unpräzise, weil sie nicht mit dem **Wesen eines GV-Beschlusses** vereinbar ist, welcher per definitionem **für oder gegen sämtliche Mitglieder** wirkt ¹¹⁴ und einen **einheitlichen Willen** zum Ausdruck bringen soll. Lautet der entsprechende Antrag auf Zusammenlegung **sämtlicher Aktien**, so ist er auch wegen dem in diesem Fall geltenden Quorum ¹¹⁵ dann abgelehnt, wenn nur ein einziger Aktionär mit nur einer einzigen Aktie nicht zustimmt ¹¹⁶. Die Rechtsveränderung, d.h. die Zusammenlegung sämtlicher Aktien ist sodann nicht zustande gekommen. Dies gilt für sämtliche Aktionäre einheitlich und nicht nur für die nicht Zustimmenden. Der Beschluss ist wohl zustande gekommen, aber mit **negativem Inhalt**, die Rechtsveränderung ist abgelehnt worden ¹¹⁷.

110 Vgl. Schucany a.a.O. N 3 III; Funk Art. 635 N 8.

111 Vgl. dazu hinten RZ 204ff.

112 Vgl. dazu ausführlich hinten a.a.O.

113 In diesem Sinne betreffend eine andere Frage (Nennwerterhöhung) Forstmoser, Aktienrecht § 15 N 87 und FN 162.

114 Vgl. vorne § 1 RZ 36.

115 Vgl. vorne RZ 39.

116 Vgl. vorne § 2 RZ 54.

117 Vgl. vorne § 1 RZ 86.

53 Etwas anderes ergäbe sich nur dann, wenn man eine **stillschweigende Antragsänderung** konstruieren würde in dem Sinne, dass bei Zustimmung lediglich der Mehrheit der Aktionäre mit ihren Aktien der Antrag auf **Zusammenlegung der Zustimmenden** lauten würde. Im Grunde genommen handelt es sich hier aber nicht mehr um einen GV-Beschluss, welcher sich zu einem zum voraus **fixierten** Antrag äussert ¹¹⁸ und an welchem sich grundsätzlich sämtliche anwesenden Mitglieder beteiligen; es werden lediglich die wandlungswilligen Aktionäre ihre Stimme abgeben, weshalb es sich viel eher um eine **Sonderabstimmung** bzw. um eine **Summe von Einzelvereinbarungen** zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern handelt ¹¹⁹. Dies ist auch dort der Fall, wo den Aktionären ein **Wahlrecht** eingeräumt wird, z.B. ihre Namenaktien in Inhaberaktien umzuwandeln, jedoch nur unter gleichzeitiger Zusammenlegung ihrer Aktien in solche höheren Nennwerts. Der Aktionär hat hier die Wahl, entweder seine Stimmkraft zu erhalten bzw. diese im Hinblick auf die neu zu schaffenden Inhaberaktien bei statutarischer Normierung des Stückstimmrechts sogar zu verstärken oder von der vermehrten Umlauffähigkeit von Inhaberaktien zu profitieren ¹²⁰. Einem solchen Vorgehen steht nichts entgegen ¹²¹.

54 Das Erfordernis der **Einzelzustimmungen** der betroffenen Aktionäre ergibt sich bei vertraglichen Vereinbarungen schon aus OR 1, I. Konsequenzen hätte dies in bezug auf die Anfechtung, welche dem nicht zustimmenden Aktionär sodann nicht zustehen würde. Da er - wenn das Stückstimmrecht normiert wurde - **privilegiert** wird, hat er aber wohl gar kein Interesse daran. Der zustimmende Aktionär müsste sodann aufgrund der Vertragsanfechtung gemäss OR 20ff vorgehen.

118 Vgl. vorne § 1 RZ 30.

119 Vgl. auch von Greyerz, Aktiengesellschaft 80 und Schluep, wohlerworbene Rechte vorne § 1 RZ 37 FN 90.

120 Vgl. dazu das bei Homburger, Notizen 146 erwähnte Beispiel sowie die Gewährung eines entsprechenden Wahlrechts bei der Kapitalerhöhung der Zellweger Uster AG vom 14. Juni 1985: Je fünf bisherige Namenaktien à Fr. 100.- Nennwert konnten in neue Inhaberaktien à Fr. 500.- zusammengelegt werden (Prospekt vom 17. Juni 1985, 3).

121 Vgl. F. von Steiger a.a.O. 175.

b) Nur ein zum voraus bestimmter Teil der Aktien soll zusammengelegt werden

55 Die GV kann auch beschliessen, lediglich einen Teil der Aktien z.B. nur die Inhaber- oder nur die Namenaktien, zusammenzulegen. Für diesen Fall gilt das grundsätzliche GV-Beschlussquorum ¹²², wobei die betroffenen Aktionäre mit sämtlichen sich in ihrem Besitz befindlichen Aktien zustimmen müssen. Bei grossen Gesellschaften rechtfertigt sich hier auch eine **Sonderabstimmung** der betroffenen Aktionäre, für welche das **absolute Einstimmigkeitsprinzip** gilt ¹²³. Ein einziger dieser betroffenen Mitglieder der Gesellschaft kann die beantragte Zusammenlegung wiederum durch seine Ablehnung zu Fall bringen. Auch bei dieser Sonderzustimmung der betroffenen Aktionäre handelt es sich eigentlich um Einzelvereinbarungen, siehe oben RZ 50ff ¹²⁴.

c) Zusammenfassung

56 Sollen **sämtliche Aktien** zusammengelegt werden, so gilt das **absolute Einstimmigkeitsquorum** ¹²⁵. Soll ein **Teil der Aktien** zusammengelegt werden, so ist allenfalls - zusätzlich zur Abstimmung in der GV, für welche das gewöhnliche Statutenänderungsquorum ausreicht - eine **Sonderabstimmung** der betroffenen Aktionäre durchzuführen, für welche wiederum das **relative Einstimmigkeitsquorum** gilt ¹²⁶.

57 Stimmt bei einem Antrag auf Zusammenlegung sämtlicher Aktien lediglich ein **Teil der Aktionäre** zu, so gilt die Zusammenlegung - unter entsprechender Abänderung des Antrags - unter gewissen Voraussetzungen ¹²⁷ lediglich für die **Zustimmenden**.

122 Vgl. § 7 RZ 334ff.

123 Vgl. vorne § 2 RZ 54.

124 Zur grundsätzlichen Frage, ob nebst dieser Sonderzustimmung der Betroffenen und die Nachteile der Zusammenlegung auf sich nehmenden Aktionäre auch noch die Zustimmung der GV insgesamt, also sämtlicher Mitglieder der Gesellschaft erforderlich ist (etwa wie im Fall der Schaffung weiterer Vorzugsaktien gemäss OR 654/55), wird im Rahmen dieser Arbeit nicht Stellung bezogen, da sie sich auch im weitesten Sinne nicht mit Quorumsbestimmungen, sondern mit den Kompetenzen der GV befasst.

125 Vgl. vorne § 2 RZ 54.

126 Vgl. vorne § 2 RZ 55.

127 Vgl. vorne RZ 50ff.

V. OR 635 III

1. Quorum

a) Umschreibung

58 Das Quorum erfordert die Zustimmung sämtlicher an der konstituierenden Generalversammlung¹²⁸ vertretenen Zeichner.

b) Art

59 Es handelt sich um ein einseitig zwingendes¹²⁹ Kopf-(Kapital-)/Stimmenquorum¹³⁰ welches die relative Einstimmigkeit¹³¹ bezogen auf sämtliche an der Versammlung vertretenen Zeichner und sämtliche von diesen gehaltenen gezeichneten Aktienbeträge bzw. Aktien¹³² vorsieht.

c) Sinn und Zweck

60 Vgl. dazu vorne § 3 RZ 31, 40ff, 64ff, 74f.

d) Berechnung

61 Vgl. dazu vorne § 4 RZ 59ff, 70ff bzw. 74ff, 86, 90. Abgestimmt wird auf Grund der gezeichneten Aktienbeträge, wobei Bestimmungen des Statutenentwurfs über eine Beschränkung der Stimmenzahl der künftigen Besitzer mehrerer Aktien oder über Stimmrechtsaktien schon voll zu berücksichtigen sind¹³³.

128 Vgl. dazu vorne RZ 13ff.

129 Aufgrund des Wortlautes und der Gesetzessystematik ist es einseitig zwingend, d.h. der Statutenentwurf kann es noch weiter erschweren und z.B. die Zustimmung sämtlicher Zeichner verlangen vgl. § 5 RZ 10.

130 Vgl. vorne § 2 RZ 7ff und Forstmoser, Aktienrecht § 9 N 292. Die Stimmrechtsaktien müssen aber schon voll liberiert sein, vgl. OR 693 II.

131 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 55.

132 Vgl. Forstmoser, Aktienrecht a.a.O.

133 Vgl. Forstmoser, a.a.O. Die Stimmrechtsaktien müssen aber schon voll liberiert sein, vgl. OR 693.

e) **Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten**

62 Vgl. dazu vorne § 5 RZ 10, 14, 22ff, 40.

2. **Anwendungsbereich**

63 Das Quorum gilt für Beschlüsse über **wesentliche Aenderungen des Statutenentwurfs**. Weil die Zeichner ¹³⁴ aufgrund desselben gezeichnet haben, ist ihnen ein Recht auf möglichst geringfügige Aenderungen zuzubilligen und der Begriff der wesentlichen Aenderung daher weit auszulegen ¹³⁵.

64 Die Frage, was wesentlich ist, kann grundsätzlich nicht schematisch entschieden werden ¹³⁶. Darunter zu subsumieren ist aber wohl mit Schucany i.d.R. der gesamte **absolut** und **relativ notwendige Statuteninhalt** ¹³⁷, d.h. vor allem Statutenbestimmungen über die Pflichten und Rechte der Aktionäre, Gegenstand und Zweck des Unternehmens, Gestaltung des Grundkapitals oder über die Organisation der Gesellschaft ¹³⁸, sofern die diesbezüglichen Aenderungen - **subjektiv** d.h. vom Standpunkt des Zeichners aus betrachtet oder **objektiv**, d.h. für die Gesellschaft selber - von erheblicher Bedeutung sind ¹³⁹. Es kommt immer auch auf das **Mass der Aenderung** - beurteilt unter Berücksichtigung der Besonderheiten der in Frage stehenden Gesellschaft - ¹⁴⁰ an.

65 Die durch blossen Mehrheitsbeschluss verbindlichen Aenderungen sind daher sehr beschränkt und dürfen nicht grundsätzlicher Art sein, sondern sich nur auf **Modalitäten** beziehen ¹⁴¹. So wurde eine Statutenbestimmung vom Bundesgericht als unwesentliche Aenderung qualifiziert, wonach ein Zeichner, dem für berufliche Kenntnisse und vorbereitende Arbeiten für Fr. 15'000.-- Aktien zugestanden worden waren, dieselben bar liberierte ¹⁴².

134 Auf den Begriff des Zeichners wird hier nicht weiter eingegangen. Vgl. dazu etwa Forstmoser, a.a.O. § 9 N 217ff.

135 Vgl. Funk Art. 635 N 8 II; Schucany Art. 635 N 8 I; Forstmoser, Aktienrecht § 9 N 311.

136 Siegwart Art. 634-36 N 23; Forstmoser a.a.O. 310 und Geilinger 69.

137 Vgl. OR 626/28 und Schucany a.a.O.

138 Vgl. Funk a.a.O.

139 Funk a.a.O.; Siegwart a.a.O.; Forstmoser a.a.O.; Geilinger 69.

140 Siegwart a.a.O.; Forstmoser a.a.O.; Geilinger a.a.O.

141 Vgl. Schucany a.a.O.

142 Vgl. BGE 62 I 26.

3. Besonderheiten

66 Grundsätzlich ist nur auf die Zustimmung der **anwesenden Zeichner** abzustellen, auch wenn es sich nicht um eine bedeutende Präsenz handelt ¹⁴³. Zeichner, die weder anwesend noch vertreten sind, müssen sich daher auch wesentliche Aenderungen gefallen lassen ¹⁴⁴.

67 Verlangt der **Statutenentwurf** für Statutenänderungen eine **qualifizierte Anwesenheit**, so muss dieses Quorum jedoch schon in der konstituierenden Versammlung eingehalten werden ¹⁴⁵. Auch diejenigen qualifizierten Präsenzquoren, welche das Gesetz für Aenderungen bestimmter Statutenbestimmungen aufgestellt hat, sind einzuhalten ¹⁴⁶ ¹⁴⁷ und damit auch die gesetzlich oder statutarisch vorgesehene absolute Einstimmigkeit für bestimmte Aenderungen der Statuten ¹⁴⁸.

68 Setzen die Zustimmenden die Gründung trotz Fehlens der relativen Einstimmigkeit in einer wesentlichen Aenderung des Statutenentwurfs fort, so wird mit der **Eintragung** der Gesellschaft ins **Handelsregister** dieser Mangel unter Vorbehalt von OR 643 III **geheilt** ¹⁴⁹. Für den nicht Zustimmenden hat dieser Mangel aber keine Konsequenzen ¹⁵⁰.

143 Siegwart Art. 634-636 N 24 und Forstmoser, Aktienrecht a.a.O. N 312.

144 Forstmoser a.a.O.

145 Ebenso: Forstmoser a.a.O. N 309; Schucany Art. 635^A N 8 und Geilinger 71. A.M. Siegwart a.a.O.

146 Ebenso: Forstmoser a.a.O. N 313; vgl. z.B. OR 648 I, 649 I und II oder 636.

147 Wesentliche Aenderungen sind alsdann mit diesem qualifizierten Präsenzquorum und dem relativen Einstimmigkeitsquorum von OR 635 III zu fassen, unwesentliche mit dem Präsenzquorum und dem gewöhnlichen Stimmenquorum von OR 703 oder einem abweichenden statutarischen Quorum vgl. dazu vorne und Forstmoser a.a.O. N 309 und 312f.

148 Vgl. z.B. OR 646 I und 623 II und dazu vorne RZ 38ff und hinten RZ 95ff.

149 Vgl. vorne RZ 55ff.

150 Vgl. Siegwart a.a.O.

VI. OR 636

1. Quorum

a) Umschreibung

69 Das Quorum erfordert "**mindestens die Stimmen von zwei Drit-**
teilen des gesamten Grundkapitals".

b) Art

70 Es handelt sich um ein **einseitig zwingendes** ¹⁵¹, **erschwertes Ka-**
pital-/Präsenz-/Stimmenquorum ¹⁵², welches sich auf eine "**besondere**
Beschlussfassung" bezieht ¹⁵³.

c) Sinn und Zweck

71 Vgl. vorne § 3 RZ 59ff, 74f, 79.

d) Berechnung

72 Vgl. vorne § 4 RZ 66ff, 83, 92f, 97. Betreffend den Fall, wo eine
Gesellschaft **Stimmrechtsaktien** ausgegeben hat, vgl. insbesondere RZ 73f.

e) Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten

73 Vgl. vorne § 5 RZ 10, 14, 22ff, 40.

2. Anwendungsbereich

74 Das Quorum ist anwendbar auf die Beschlüsse der konstituierenden
Generalversammlung ¹⁵⁴ betreffend die Annahme von Statutenbestimmun-

151 Vgl. vorne § 5 RZ 10.

152 Vgl. vorne § 2 RZ 11ff, 14ff.

153 Vgl. vorne RZ 37.

154 Vgl. vorne RZ 13.

gen über Sacheinlagen, Uebernahme von Vermögenswerten und Gründervorteile:

75 Zum Begriff und zur Bedeutung der **Sacheinlage** vgl. ausführlich Schucany Art. 628 N 2f; Siegwart Art. 628 N 6ff; Funk Art. 628 N 2; Forstmoser, Aktienrecht § 10 N 7ff; von Greyerz, Aktiengesellschaft 91ff; Geilinger 72 ff; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 29ff, 87ff, 111ff sowie etwa de Felice, Les apports en nature, ZSR 42, 186a; G. Willi, die Anwendung der Regeln über zweiseitige Verträge bei Sacheinlagegründungen im Aktienrecht (Diss. Freiburg i.Ue.1941); R. Schulthess, die verschleierte Apportgründung der AG (Diss. Zürich 1934); A. Wieland, die verschleierte Apportgründung in Theorie und Praxis des schweizerischen Aktienrechts (Basel 1949 = BSR 28); J.A.Baumann, Gegenstand und Bewertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen nach Privat- und Steuerrecht, mit besonderer Berücksichtigung der kantonalen Steuerrechte von Zürich und Thurgau (Diss. Zürich 1972).

76 Zum Begriff und zur Bedeutung der **Sachübernahme** vgl. ausführlich Schucany a.a.O.; Siegwart a.a.O.; Funk a.a.O. 3; Forstmoser, a.a.O. § 10 N 67ff; Geilinger 74ff; von Greyerz a.a.O. 93ff; Forstmoser/Meier-Hayoz a.a.O. N 3ff; F. von Steiger a.a.O. 76ff, 78, 80ff sowie etwa U. Wehrli, die Sachübernahmegründung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem und deutschem Recht (Diss. Zürich 1940); A. Wieland, die Sachübernahmegründung der Aktiengesellschaft in der bundesgerichtlichen Praxis, SJZ 45, 33; M. Furler, die Sachübernahme im Aktienrecht, SJZ 45, 133; O. Lehner, die Sachübernahmegründung und deren Eintragung im Handelsregister, SJZ 44, 133.

77 Zum Begriff und zur Bedeutung des **Gründervorteils** vgl. ausführlich Schucany a.a.O. N 6; Siegwart a.a.O. N 60ff; Funk a.a.O. N 4 und Forstmoser, a.a.O. § 10 N 91ff; Geilinger 81ff; F.v. Steiger a.a.O. 66, 83ff; von Greyerz a.a.O. 95; Forstmoser/Meier-Hayoz a.a.O. N 4; sowie etwa Boller, die Gründung der AG, ZBGR 1, 199 und Bauchlin, die Gründung und Buchführung der AG (Zürich 1937); ferner Egli, die Gründung der AG im englischen Recht, verglichen mit dem schweizerischen Aktienrecht, (Diss. Zürich 1924).

78 Zum Begriff des Gründers bei der Sukzessivgründung vgl. Forstmoser, Aktienrecht § 9 N 178ff.

79 Zu Einzelfragen vgl. die bei Forstmoser, a.a.O. § 10 zit. Literatur.

3. Besonderheiten

80 Die Bestimmungen über Sacheinlagen, Vermögensübernahmen und Gründervorteile müssen schon in den **Statuten** sowie im **Gründerbericht** und in allfälligen **Prospekten** ¹⁵⁵ enthalten sein ¹⁵⁶.

81 Bei der Beschlussfassung über die Statuten ¹⁵⁷ wird **implizit** auch über diese Gegenstände beschlossen ¹⁵⁸.

82 Nach der Ansicht eines Teils der Lehre genügt es daher, die Genehmigung der Statuten in einer **einzigsten Abstimmung** zuzulassen, falls keine Gegenanträge gestellt worden sind und das Quorum von OR 636 dabei eingehalten wurde ¹⁵⁹.

83 M.E. ist aber auch in diesem Fall über die erwähnten Beschlussgegenstände gesondert abzustimmen. Dies einmal wegen des klaren **Wortlauts** des Gesetzes ¹⁶⁰ sowie wegen der ratio dieser Bestimmung, welche verlangt, dass die **Aufmerksamkeit** der GV speziell auf diese qualifizierten Tatbestände gelenkt werden soll ¹⁶¹. Wird in einer einzigen Abstimmung über sämtliche Statutenbestimmungen insgesamt abgestimmt, so ist diese Hervorhebung gerade nicht gewährleistet, auch wenn kein Widerspruch erhoben wurde. Allenfalls ist nur deshalb keine Debatte darüber entstanden, weil sich die Aktionäre noch nicht genügend mit diesen Bestimmungen befasst haben. Auch der Grundsatz der "Einheit der Materie" würde eine gesonderte Abstimmung vorschreiben, handelt es sich bei diesen Beschlussge-

¹⁵⁵ OR 641 Ziff. 6, 530 Ziff. 1-3, 631 Ziff. 3.

¹⁵⁶ Betreffend die Frage, welche Vereinbarungen der besonderen Beschlussfassung in bezug auf die Gegenstände von OR 636 unterstellt werden müssen bzw. betreffend den Zeitpunkt der Bewertung vgl. Geilinger 78ff; Forstmoser a.a.O. § 9 N 14ff; BGE 83 II 284.

¹⁵⁷ Vgl. dazu vorne RZ 63ff und nachfolgend RZ 92ff.

¹⁵⁸ Schucany Art. 636 N 4.

¹⁵⁹ So Siegwart Art. 634-636 N 30 und Forstmoser, Aktienrecht § 10 N 182.

¹⁶⁰ Vgl. dazu Jäggi, privilegierte Aktien, 412: "Der Wortlaut hat ein Eigengewicht."

¹⁶¹ Vgl. vorne RZ 37.

genständen doch um aussergewöhnliche Bestimmungen von einer z.T. grossen Bedeutung für die Gesellschaft ¹⁶².

84 **Zuzustimmen** ist dagegen der Ansicht, dass auf eine besondere Beschlussfassung über diese Gegenstände **verzichtet** werden kann, wenn die Statuten als Ganzes mit absoluter Mehrheit abgelehnt worden sind ¹⁶³ und dass **umgekehrt** auch in anderen Bereichen Sonderabstimmungen durchgeführt werden können, falls sich die Ablehnungs- oder Abänderungsanträge lediglich auf einzelne Teile der qualifizierten Statutenbestimmungen beziehen ¹⁶⁴.

85 Werden die in OR 636 erwähnten Beschlussgegenstände **unwesentlich** abgeändert, so genügt das Quorum von OR 636 für den entsprechenden Beschluss. Für **wesentliche Aenderungen** in diesem Bereich ist dagegen zusätzlich das Quorum von OR 635 III zu beachten ¹⁶⁵.

86 **Vorzugs- und Stimmrechtsaktien** sowie **Genussscheine** sind insofern keine Gründervorteile im Sinne von OR 628 III, als sie einer bestimmten Aktiengattung und nicht bestimmten **Personen** Vorteile verschaffen ¹⁶⁶. Weil jedoch in bezug auf den Anwendungsbereich von OR 636 jede Zuwendung als Gründervorteil zu qualifizieren ist ¹⁶⁷, unterliegt die Ausgabe dieser Beteiligungspapiere diesem Quorum ^{168 169 170}.

162 Gl.M. ohne Begründung Schucany Art. 636 N 4 und (betreffend die Kapitalerhöhung) B. Hess 39.

163 Siegwart a.a.O. N 30. Dies deshalb, weil die Gründung sodann gescheitert ist.

164 Siegwart a.a.O.

165 Vgl. Forstmoser a.a.O. N 183 und vorne RZ 58ff.

166 OR 628 III: "... zugunsten der Gründer oder anderer Personen." Forstmoser, a.a.O. § 10 N 105 und § 15 N 155; Siegwart Art. 628 N 1; Schucany Art. 628 N 1; Funk Art. 628 N 1.

167 Vgl. BGE 21, 562.

168 Siegwart Art. 657/658 N 14, 654-656 N 16; Geilinger 103ff; wohl auch Forstmoser § 10 N 105 und FN 191, i.V.m. N 178.

169 OR 648 I, 655, 658 sind bei der Gründung weder unmittelbar noch analog anzuwenden, vgl. Jäggi, Privilegierte Aktien, 405; Siegwart a.a.O., unklar jedoch bei Art. 628 N 67.

170 Zur Ausgabe solcher Beteiligungspapiere bei der Kapitalerhöhung vgl. hinten RZ 117ff und RZ 264ff, 294ff.

VII. OR 638 II

1. Quorum

a) Umschreibung

87 Das Quorum erfordert die **Zustimmung** ¹⁷¹ **sämtlicher Gründer.**

b) Art

88 Es handelt sich um ein **absolut zwingendes**, aufgrund des Wortlautes und der Gesetzessystematik ¹⁷² **maximal erschwertes** ¹⁷³ **Einstimmigkeits-Kopf-Präsenz-/Stimmenquorum**, welches sich auf **sämtliche Gründer** ¹⁷⁴ bezieht.

c) Sinn und Zweck

89 Vgl. vorne § 3 RZ 30, 40ff, 48ff, 64ff, 74f, 76f, 78.

d) Berechnung

90 Vgl. dazu vorne § 4 RZ 66ff, 76, 86.

e) Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten

91 Vgl. dazu vorne § 5 RZ 10, 14, 22ff, 40.

171 Das Gesetz erwähnt "erklären", "festsetzen" und "bestellen". Es handelt sich nach dem Wortlaut weniger um Beschlüsse als um einfache "**Erklärungen**", vgl. Schucany Art. 638 N 6: Damit die entsprechenden **Rechtsveränderungen** aber zustandekommen, müssen **sämtliche Gründer** einverstanden sein, weshalb dennoch entsprechende Einzel-Beschlussfassungen notwendig sind, vgl. dazu sogleich RZ 94. In diesem Sinne auch Forstmoser, Aktienrecht § 9 N 107 und § 10 N 178.

172 Vgl. vorne § 5 RZ 10.

173 Vgl. vorne § 2 RZ 11ff, 20ff, 27 FN 54 und 54,

174 Zum Begriff des Gründers vgl. Forstmoser a.a.O. § 8 N 49 ff.

2. Anwendungsbereich

92 Während das Gesetz bei der Sukzessivgründung von "konstituierender Generalversammlung" ¹⁷⁵ spricht ¹⁷⁶, erwähnt es bei der Simultangründung den "**Errichtungsakt**" ¹⁷⁷. Die konstituierende "Generalversammlung" wie auch der Errichtungsakt **schliessen das Errichtungsstadium ab** und haben somit die **gleiche Funktion**. Anschliessend braucht die AG zu ihrem Entstehen nur noch ins Handelsregister eingetragen zu werden ¹⁷⁸.

93 Für die konstituierende "Generalversammlung" ist aber im Rahmen der Sukzessivgründung kein Quorum vorgeschrieben ¹⁷⁹. Dagegen müssen beim Errichtungsakt die **künftigen Aktionäre persönlich oder durch Vertreter** mitwirken ¹⁸⁰. Für sämtliche wesentlichen in OR 638 II Ziff. 1-4 ¹⁸¹ bezeichneten Beschlüsse wird hier die **absolute Einstimmigkeit** ¹⁸² verlangt.

94 Beim Errichtungsakt handelt es sich aber nicht um eine eigentliche Generalversammlung, da die Gesellschaft in diesem Zeitpunkt noch **gar nicht entstanden** ist. Die Teilnehmer müssen also **keine eigentliche Versammlung abhalten**: Es genügt, "den Errichtungsakt in der Weise durchzuführen, dass die Urkundsperson die **Zustimmung jedes einzelnen Gründers einholt**" ¹⁸³. Deshalb handelt es sich auch nicht um einen Beschluss, sondern vielmehr um eine Summe von **Einzelzustimmungen**.

175 Vgl. vorne RZ 13ff.

176 Vgl. OR 634 ff.

177 OR 638.

178 Vgl. Forstmoser a.a.O. § 9 N 104.

179 Vgl. vorne a.a.O.

180 Vgl. dazu Forstmoser a.a.O. N 106 und Siegwart Art. 638 N 7.

181 Vgl. dazu ausführlich Forstmoser a.a.O. § 9 N 113ff und BGE 86 II 89 sowie 102 II 420.

182 Vgl. dazu vorne § 3 RZ 54.

183 Forstmoser a.a.O. N 111; vgl. auch Siegwart Art. 638 N 3 und Funk Art. 638 N 1.

VIII. OR 646 I

1. Quorum

a) Umschreibung

95 Das Quorum erfordert die **Zustimmung "des Aktionärs"** ¹⁸⁴.

b) Art

96 Es handelt sich, wenn **sämtliche Aktionäre** betroffen sind ¹⁸⁵, um ein **absolut zwingendes**, ¹⁸⁶ **maximal erschwertes (Kopf-)EinstimmigkeitsPräsenz-/Stimmenquorum**, welches sich auf **sämtliche Aktionäre** und **sämtliche Aktien** ¹⁸⁷ bezieht.

97 Betreffend den Fall, dass lediglich ein **Teil der bisherigen Aktionäre betroffen** ist, kann auf vorne RZ 40 verwiesen werden ¹⁸⁸.

c) Sinn und Zweck

98 Vgl. dazu vorne § 3 RZ 29ff, 40ff, 48ff, 64ff, 74f, 76f.

d) Berechnung

99 Vgl. dazu vorne § 4 RZ 66ff, 76.

184 E contrario aus der Formulierung des Gesetzes, welche lautet: "...können ihnen ohne ihre Zustimmung nicht entzogen werden."

185 Vgl. vorne RZ 50ff analog.

186 Vgl. vorne § 5 RZ 10.

187 Vgl. vorne § 2 RZ 11ff, 20ff, 27ff, 54ff.

188 Vgl. auch vorne § 2 RZ 55.

e) Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten

100 Vgl. dazu vorne § 5 RZ 10, 14, 22ff, 40.

2. Anwendungsbereich

101 Das Quorum ist anzuwenden auf den **Entzug wohlerworbener Rechte**. Zum **Begriff des wohlerworbenen Rechts** vgl. OR 646 III und Schluep, wohlerworbene Rechte 49ff; Schucany Art. 646 N 1; Siegwart Art. 646 N 15ff; Funk Art. 646 N 3; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 63, 173, 174, 209, 345 sowie von Greyerz, Aktiengesellschaft 141ff, 170ff; Szücs, der Schutz der Aktionäre, (Diss. Bern 1928), sowie Freyvogel, das wohlerworbene Recht des Aktionärs (Diss. Basel 1932). Wohlerworbene Rechte können sich aus **Gesetz** oder **Statuten** ergeben¹⁸⁹. Die Aufzählung in OR 646 III hat **exemplifikativen** Charakter¹⁹⁰. Wird in den Statuten für einen Beschlussgegenstand die **absolute Einstimmigkeit**¹⁹¹ vorgesehen, so erhält der Aktionär ein wohlerworbenes Recht auf Beibehaltung dieses Rechtszustandes¹⁹². Wohlerworbene Rechte sind - da sie auf die Person des Aktionärs (mit seinem gesamten Aktienbesitz) Bezug nehmen - **Individualrechte** des Aktionärs. "Sie schieben sich ein zwischen den Ansprüchen, die der körperschaftlichen Gewalt völlig unterliegen einerseits und den reinen Gläubigerrechten andererseits"¹⁹³ und stehen jedem Aktionär unabhängig von seiner Kapitalbeteiligung zu, sind somit ein **personalistisches Element** im Aktienrecht¹⁹⁴.

102 Zur **Unterscheidung** zwischen den **wohlerworbenen** und den **unverzichtbaren Rechten**¹⁹⁵ welche letzteren nicht unter den Anwendungsbereich von OR 646 I fallen, da sie dem Aktionär überhaupt nicht, d.h. auch nicht mit seiner Zustimmung entzogen werden können, von Greyerz, Aktiengesellschaft 172, 155; Siegwart a.a.O. N 6; F. von Steiger, Aktiengesell-

189 Vgl. Funk Art. 646 N 1 und BGE 51 II 428.

190 Forstmoser/Meier-Hayoz § 34 N 9; Schucany Art. 646 N 5.

191 Vgl. vorne § 3 RZ 54.

192 Vgl. Schucany Art. 646 N 5 und BGE 51 II 427.

193 Siegwart Art. 646 N 15.

194 Forstmoser/Meier-Hayoz § 34 N 7.

195 Es handelt sich um das Stimmrecht, das Teilnahmerecht an der GV etc. vgl. dazu Schluep, wohlerworbene Rechte 210.

schaft 176; Weiss, Rechte des Aktionärs, 513 und SAG 26, 51. Auf ein wohlerworbenes Recht kann der Aktionär dagegen verzichten ¹⁹⁶.

103 Zu **unterscheiden** sind sodann auch die **absolut** und die **relativ** wohlerworbenen Rechte: **Absolut** und damit "echte" wohlerworbene Rechte sind solche, die dem Aktionär gegen seinen Willen **überhaupt nicht entzogen werden können** ¹⁹⁷. Nur **relativ** wohlerworben sind diejenigen Rechte, die nur dem **Grundsatz**, der Substanz nach geschützt sind und deren konkreter Umfang sich im Einzelfall aus einer Abwägung der Einzelinteressen des Aktionärs einerseits und der überindividualistischen Gesellschafts- und Unternehmensinteressen andererseits ergibt ¹⁹⁸. Die Unentziehbarkeit ist hier eine bloss **relative** ¹⁹⁹. Absolut wohlerworben ist z.B. das Recht auf **gewinnstrebige Geschäftsführung**. Eine Umwandlung in eine wohlthätige Unternehmung bedarf der Zustimmung aller Aktionäre mit sämtlichen sich in ihrem Besitz befindlichen Aktien ²⁰⁰. Das Recht auf **Ausschüttung einer jährlichen Dividende**, das "eigentliche" Recht auf Dividende ²⁰¹ ist dagegen lediglich relativ wohlerworben, denn dieses Recht kann von der Verwaltung und von der GV in einem weiten Ermessensbereich beschränkt werden ²⁰². Der Anspruch auf **Auszahlung der beschlossenen Dividende** schliesslich ist ein reines Gläubigerrecht ²⁰³, welches "ziffernmässig genau bestimmt worden ist und zur Geltendmachung bereit steht" und somit "von seiner mitgliedschaftlichen Grundlage losgelöst" ist ²⁰⁴. Auch die **Mitgliedschaft** des Aktionärs als solche ist ihrer Substanz nach unentziehbar, nicht aber in allen Einzelheiten ihres Inhalts ²⁰⁵.

196 Forstmoser/Meier-Hayoz a.a.O.; Bartlomé 54.

197 Forstmoser/Meier-Hayoz § 34 N 12; Siegwart Art. 646 N 6.

198 Forstmoser/Meier-Hayoz a.a.O.; Siegwart Art. 646 a.a.O. Vgl. auch die bei Dessemontet 48 ff zitierten Bundesgerichtsentscheide, welche insgesamt darlegen, dass die Minderheitsrechte durch die Gerichtspraxis ausgehöhlt wurden und dass dabei von der Voraussetzung ausgegangen wurde, die Verwaltung vertrete die Unternehmensinteressen, die Minderheit jedoch egoistische Motive. Vgl. dazu auch vorne § 3 RZ 3ff.

199 Siegwart a.a.O.

200 Vgl. dazu ausführlich F. von Steiger, Aktiengesellschaft 48; Goldschmidt 58; Schaffner 71; Wieland 218.

201 Siegwart a.a.O.

202 Durch Bildung von Reserven etc. vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz a.a.O. N 13.

203 Forstmoser/Meier-Hayoz a.a.O.

204 Siegwart a.a.O. N 7; ebenso verhält es sich mit dem Recht auf fällige und laufende Bauzinsen und dem Recht auf das festgestellte Liquidationsbetreffnis.

205 Vgl. dazu weitergehend Siegwart a.a.O. N 31ff und F. von Steiger, Aktiengesellschaft 172.

104 Ob **Sonderrechte**, d.h. **Vorrechte einzelner Aktionäre** ²⁰⁶ oder **Aktionärsgruppen** ²⁰⁷, zu den wohlerworbenen Rechten zu zählen sind oder nicht, ist aufgrund der **Stärke**, in der sie gewährt sind, dem "**Grad der individuellen Zugehörigkeit**", zu entscheiden ²⁰⁸. Es kommt also darauf an, in welchem Sinn die Prioritätsrechte in den Statuten normiert sind. Der Inhalt des Rechtes allein ist somit - entgegen BGE 51 II 427ff (Pra. 14 Nr. 47) - nicht entscheidend ²⁰⁹. Immerhin stehen diese Rechte der Bevorzugten nicht primär "in ihrer Eigenschaft als Aktionäre" zu ²¹⁰, weshalb grundsätzlich davon auszugehen ist, dass solche Vorrechte nach OR 654 II und III und 657 III aufgehoben oder abgeändert werden können, ohne dass es der Zustimmung jedes Berechtigten bedarf ²¹¹.

105 Schliesslich ist auch der Schutz des Aktionärs vor einer **Zusammenlegung seiner Aktien** so ausgestaltet, dass der Aktionär ein diesbezügliches wohlerworbenes Recht hat ²¹².

106 Nicht beigespflichtet werden kann m.E. der Ansicht, wonach einem Aktionär die **Mitgliedschaft** in gewissen von Gesetz und Statuten vorgesehenen Fällen entzogen werden könne ²¹³. Mit Ausnahme der Kaduzierung der **Aktienzusammenlegung** und der **Uebernahme** gemäss OR 686 IV betreffen die jeweils angeführten Beispiele lediglich die **Auflösung der Gesellschaft aus verschiedenen Gründen** ²¹⁴. Mit dem Auflösungsbeschluss selber wird die Mitgliedschaft der Aktionäre aber grundsätzlich nicht aufgehoben. Der Verlust der Mitgliedschaft ist vielmehr eine **Folge der Auflösung**. Der Aktionär "verliert" seine Mitgliedschaft erst in dem Zeitpunkt, in welchem die AG **nicht mehr besteht** und er deshalb auch nicht mehr Aktio-

206 Z.B. das Recht einer Gemeinde als Aktionärin auf Vertretung im Verwaltungsrat.

207 Vgl. z.B. die Vorrechte der Vorzugsaktionäre, OR 654/56 und dazu hinten RZ 264ff.

208 F. von Steiger, a.a.O. 174. A.M. Schucany Art. 646 N 2, welcher daran festhält, dass wohlerworbene Rechte nur solche seien, die jedem Aktionär für sich allein zustehen. M.E. stehen jedoch auch Sonderrechte von einzelnen Aktionären und Aktionärsgruppen den betroffenen Aktionären für sich allein zu. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass diese Vorteile nicht **allen** Aktionären gewährt sind. Dies ist jedoch nach dem klaren Wortlaut von OR 646 I nicht entscheidend, sondern lediglich die Stärke des Schutzes des betreffenden Rechtes. Im Ergebnis gleich: Siegwart Art. 646 N 8ff.

209 F. von Steiger a.a.O.

210 Vgl. den Wortlaut von OR 646 I.

211 Vgl. dazu hinten und F. von Steiger a.a.O.

212 Vgl. dazu vorne RZ 38ff.

213 Siegwart Art. 646 N 32ff.

214 Von Greyerz, Aktiengesellschaft 143; Siegwart a.a.O. N 34; Funk Art. 646 N 3.

när ist und gegenüber der nicht mehr existierenden Gesellschaft auch keine Rechte mehr ableiten kann. Unter "Entzug" der Mitgliedschaft ist aber der Ausschluss des Aktionärs aus einer **bestehenden Gesellschaft** zu verstehen ²¹⁵. Der Auflösungsbeschluss stellt daher keinen Anwendungsfall für den Entzug der Mitgliedschaft des Aktionärs dar. Diese kann ihm ausser in den Fällen der Kaduzierung und der seine Zustimmung erfordernden Aktienzusammenlegung ²¹⁶ somit nicht entzogen werden.

IX. OR 648 I

1. Quorum

107 Das Quorum erfordert **"mindestens die Stimmen von zwei Dritteln des gesamten Grundkapitals"**.

108 Es handelt sich um dasselbe Quorum, welches in **OR 636** normiert ist. Deshalb kann vollumfänglich auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden ²¹⁷.

2. Anwendungsbereich

109 Das Quorum betrifft **drei Anwendungsbereiche**.

a) Umwandlung des Gesellschaftszweckes

110 Zum Begriff und zur Bedeutung des **Gesellschaftszweckes** vgl. Schucany Art. 626 N 5; Siegwart Art. 626 N 32ff; Funk Art. 626 N 4; Forstmoser, Aktienrecht § 3 N 1ff; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 47ff; von Greyerz, Aktiengesellschaft 106f; Forstmoser/Meier-Hayoz § 12 N 20ff; Geilinger 54ff sowie etwa W. Beyeler, der Korporationszweck, Begriff, Bedeutung und Aenderung (Diss. Basel 1942 MaschSchr.); H. Westermann,

²¹⁵ Vgl. von Greyerz, a.a.O. 143.

²¹⁶ Vgl. dazu OR 681 II. Betroffen ist bei der Zusammenlegung derjenige Aktionär, welcher nicht die zur Durchführung der Operation notwendige Anzahl von Aktien aufbringt, vgl. Siegwart a.a.O. N 34 m.w.H. vgl. auch vorne RZ 44ff.

²¹⁷ Vgl. vorne RZ 69ff.

Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens im Aktien- und Genossenschaftsrecht, in: Festschrift Schnorr von Carolsfeld (Köln 1972) 517ff; Gerhard, Muret, le but dans les sociétés (Diss. Lausanne 1941); A. Hess, 177 sowie R. Durrer, der Schutz des Gesellschafters gegen Zweckänderungen (Diss. Bern 1975).

111 Erwähnt sei hier lediglich, dass unter "Zweck" in OR 648 I sowie in OR 626 Ziff. 2 nicht der bei einer AG typischerweise gewinnstrebige **Endzweck** der Gesellschaft - welcher schon vorne bei den wohlerworbenen Rechten des Aktionärs erörtert wurde ²¹⁸ - sondern der **eigentliche Gesellschaftszweck**, also die weitgefasste Umschreibung dessen, was die Gesellschaft zu tun gedenkt und in Zukunft erreichen möchte, zu subsumieren ist ²¹⁹. "Der Zweck präzisiert damit die Zielsetzung einer Gesellschaft, ohne aber auf ihre Tätigkeit ... im einzelnen Bezug zu nehmen" ²²⁰.

112 In den Statutenbestimmungen wird häufig **keine klare Abgrenzung zwischen Zweck und Gegenstand** vorgenommen ²²¹. Ist nur eine einzige Angabe in den Statuten vorhanden, so ist sie im Zweifel als **Zweck** und nicht als Gegenstand der AG zu betrachten, womit die Abänderung dem verschärften Quorum von OR 648 I unterliegt ²²².

113 Die **Abgrenzung** dieses "eigentlichen" Gesellschaftszwecks vom in OR 649 I genannten "Gegenstand" des Unternehmens ist **schwierig** ²²³. Die diesbezüglichen Regelungsbereiche von OR 648 I und 649 I und II stimmen insofern überein, als sie im Grunde genommen nur die Umwandlung und Abänderung des Geschäftsbereiches regeln. "Zur Abklärung der Anwendbarkeit von OR 648 I und 649 I und II ist deshalb nicht die Unterscheidung zwischen Zweck und Gegenstand massgeblich, sondern nur die Beantwortung der Frage, ob der neue Geschäftsbereich im Hinblick auf den Gesellschaftszweck vom bisherigen verschieden, oder mit ihm verwandt sei" ²²⁴.

218 Vgl. vorne RZ 103 und Forstmoser, Aktienrecht § 3 N 1ff sowie Geilinger 54f, 57.

219 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 12 N 20f; Forstmoser, Aktienrecht a.a.O. N 4f.

220 Forstmoser a.a.O. N 5.

221 Forstmoser a.a.O. N 8 und insbesondere derselbe in SAG 55 (1983) 32 ff.

222 Funk a.a.O. N 5; von Greyerz a.a.O.; Siegwart a.a.O. N 32 a.E.; Forstmoser a.a.O. N 24; F. von Steiger a.a.O. 48; vgl. auch HRegV 42 I.

223 Vgl. zu Abgrenzung Forstmoser a.a.O. N 4f; Schucany Art. 648 N 2; Geilinger 57; Brunner 18ff; Gerhard 88ff und BGE 99 II 66, 86 II 395, 55 II 103f, 52 II 177f, 25 II 839f.

224 Geilinger 58 m.H. auf Goldschmidt 58; ebenso Siegwart Art. 648 N 3.

Unter Zweckänderung ist daher in erster Linie die **Ersetzung des bisherigen Geschäftsbereiches durch einen anderen** zu subsumieren ²²⁵. Auch die **teilweise Ersetzung des Zwecks durch einen anderen**, d.h. eine Erweiterung oder Verengung des Geschäftsbereiches fällt unter den Anwendungsbereich von OR 648 I, sofern die Veränderung nicht nur in der Aufnahme einer verwandten Tätigkeit besteht ²²⁶. OR 648 I ist also dann anzuwenden, wenn das Ausmass der Veränderung **den Rahmen des bisherigen Gesellschaftszwecks sprengt**. ²²⁷ So muss nach BGE 100 II 384 (FABAG-Entscheid) ²²⁸ ein Vertrag, der eine Gesellschaft dem Wesen und der Organisation nach verändert sowie ihren Geschäftsbereich ausdehnt, der GV zur Beschlussfassung unterbreitet werden ²²⁹. Eine solche Veränderung muss von zwei Dritteln des Aktienkapitals unterstützt sein ²³⁰. Einer weiten Zweckumschreibung in den Statuten kommt daher im Hinblick auf die Anwendbarkeit von OR 648 I bzw. 649 I und II eine besonders wichtige Bedeutung zu ²³¹. Eine nur teilweise Aenderung des Gesellschaftszwecks ist wie eine vollständige zu behandeln ²³².

b) **Beseitigung von Statutenbestimmungen über die Erschwerung der Beschlussfassung**

114 Sowohl betreffend den **Begriff der Statuten** wie auch bezüglich der **Sachverhalte**, welche unter dieses Quorum zu subsumieren sind, kann vollumfänglich auf vorne § 5 RZ 4 und 47 verwiesen werden.

115 Wiederholt sei hier lediglich, dass auch die Beseitigung von statutarischen **Präsenzquoren** unter den Anwendungsbereich dieses Quorums fällt ²³³ und dass ihm auch bloss **Modifikationen** ²³⁴ **von statutarischen Beschlusser schwerungen** ²³⁵ zu unterstellen sind, sofern sie eine statutori-

225 Geilinger a.a.O.

226 Geilinger 58f; BGE 55 II 103ff.

227 Geilinger 59.

228 Vgl. dazu die Besprechung dieses Entscheides von von Greyerz, Besprechung 171 ff.

229 Ebenso Funk a.a.O. N 3 und BGE 55 II 100, wonach eine Umwandlung des Zweckes vorliegt, wenn ein nicht verwandter Gegenstand aufgenommen wird.

230 Geilinger a.a.O.

231 Vgl. Siegwart Art. 648 N 3ff.

232 Vgl. Schucany Art. 649 N 2; BGE 55 II 104.

233 Vgl. auch Schucany Art. 649 N 3 und Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 79 FN 186.

234 Z.B. Ersatz einer erschwerten Norm durch eine "mildere", vgl. dazu vorne § 5 RZ 19 FN 85 und RZ 37 FN 178.

235 Vgl. dazu vorne § 5 RZ 19 FN 85.

sche Quorumserschwerung **beseitigen** ²³⁶ ²³⁷. In einem weiteren Sinn stellt m.E. auch die **Beschränkung des Stimmrechts der Grossaktionäre** eine zumindest faktische Erschwerung der Beschlussfassung dar, obwohl diese Erschwerung primär beim einzelnen Grossaktionär Wirkung zeitigt und obwohl die Quorumsbestimmungen davon grundsätzlich nicht tangiert werden ²³⁸. Stimmrechtsbeschränkungen werden zwar nicht bei der Berechnung der Präsenzquoten ²³⁹ jedoch bei den Präsenz-/Stimmenquoten und bei den Stimmenquoten für die Frage, ob das Quorum erreicht worden ist, berücksichtigt ²⁴⁰, weshalb hier eine Erschwerung der Beschlussfassung dadurch eintritt, als u.U. eine positive Beschlussunfähigkeit der Versammlung eintreten kann ²⁴¹ ²⁴². Nicht davon erfasst ist die Beseitigung der **gesetzlichen** Beschlusserleichterungen und die (gesetzlichen und statutarischen) **Beschlusserleichterungen** ²⁴³, obwohl es sinnvoll gewesen wäre, auch diese Modifikationen diesem Quorum zu unterstellen ²⁴⁴.

116 Darauf hinzuweisen ist auch hier, dass diese Bestimmung nur auf statutarische Erschwerungen Anwendung findet, welche nicht über das Quorum von OR 648 I selber hinausgehen, ansonsten für eine **Abänderung des statutarische Quorum** massgebend ist ²⁴⁵.

c) Einführung von Stimmrechtsaktien

117 Zum **Begriff der Stimmrechtsaktie** vgl. vorne und etwa Bürgi Art. 693 N 1ff; Schucany Art. 693 N 1; Funk Art. 693 N 1; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 21; Zimmermann; Biber; W. Blenk, Les actions à droit de vote privilégié, (Genf 1931); H. Planitz, Die Stimmrechtsaktie (Leipzig 1922); H. Niess, L'action à droit de vote privilégié (Lausanne 1930); E. Steiner, Die Stimmrechtsaktien unter der Herrschaft des neuen OR, SAG 11, 29.

236 Einschränkung Forstmoser, Aktienrecht § 7 FN 186, welcher als "Grundmasstab" lediglich die gesetzlichen Quoren erwähnt.

237 Vgl. dazu aber vorne § 5 RZ 37 FN 176.

238 Im Ergebnis gleich Schucany a.a.O.

239 Vgl. Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 86 und vorne § 4 RZ 52.

240 Vgl. vorne § 4 RZ 64 und 69 sowie hinten RZ 94.

241 Vgl. vorne § 1 RZ 84ff.

242 A.M. Forstmoser, Aktienrecht a.a.O. FN 186, welcher von der effektiven Stimmabgabe der Grossaktionäre ausgeht und erklärt, diese Stimmrechtsbeschränkungen könnten sich daher zu Gunsten oder zu Lasten einer positiven Beschlussfassung auswirken.

243 Vgl. dazu vorne § 5 RZ 19 FN 82 und FN 37 FN 176.

244 Vgl. vorne § 5 RZ 47ff.

245 Unklar Funk Art. 648 N 3.

118 Nach dem Wortlaut von OR 648 I ist dieses Quorum immer dann anzuwenden, wenn Stimmrechtsaktien **"eingeführt"** werden. In der Praxis herrschen **Unklarheiten** über den Begriff der "Einführung" von Stimmrechtsaktien, und insbesondere darüber, ob das Quorum von 648 I **alle Fälle der Schaffung von Stimmrechtsaktien erfasst**, d.h. auch dann zum Zuge kommt, wenn bereits Stimmrechtsaktien vorhanden sind oder wenn die bisherigen Aktien anlässlich einer Kapitalerhöhung zu Stimmrechtsaktien werden oder wenn schliesslich solche privilegierten Aktien durch Umwandlung bestehender Aktien, insbesondere durch deren Spaltung, geschaffen werden. Diese Frage ist von **erheblicher Bedeutung**: In Gesellschaften mit **weit gestreutem Aktienbesitz und verödeter Generalversammlung** ist dieses qualifizierte Präsenz/Stimmen(Kapital)quorum oft **nicht mehr zu erreichen** ²⁴⁶. Auch können die **Sperrminoritäre** ²⁴⁷ einen entsprechenden Beschluss dauernd verunmöglichen ²⁴⁸.

119 Illustrativ ist der jüngst ergangene **"Entscheid USEGO"** (UTH-AG): Weil diese Gesellschaft anlässlich einer Kapitalerhöhung u.a. überproportional Stimmrechtsaktien ohne die Zweidrittels-Mehrheit von OR 648 I geschaffen hatte und u.a. deswegen von einem oppositionellen Aktionärskomitee stark kritisiert wurde, wurde der entsprechende GV-Beschluss - nachdem von opponierenden Aktionären ein Gerichtsverfahren eingeleitet wurde - ein Jahr später wieder rückgängig gemacht ²⁴⁹. Dieselbe Problematik stellte sich **zahlreichen weiteren Publikumsgesellschaften** ²⁵⁰. So scheiterte am 12. März 1987 eine von der Bank Leu AG geplante Kapitalvereinheitlichung am Zweidrittels-Quorum von OR 648 I, weil statt 66,66% des Grundkapitals lediglich 65,42 % desselben anwesend war ²⁵¹. Es wurden in diesem Zusammenhang auch einige **Rechtsgutachten** verfasst, welche sich mit Fragen aus diesem Kreis befassen und von welchen zwei - z.T. in gekürzter Form - in SAG 58 (1986), 88ff publiziert wurden.

246 Von Greyerz, Aktiengesellschaft 191; derselbe, Schutz der Minderheit 60; Hensel 164; Schaad 48ff, Botschaft 95, 142; Haeffliger 14 ff; Kamber 46; Schorer 117 und vorne § 1 RZ 3.

247 Vgl. vorne § 1 RZ 75, 77; § 3 RZ 8, 42, 45f..

248 Vgl. vorne § 3 RZ 42ff.

249 Vgl. NZZ Nr. 119 vom 27. Mai 1986, 17.

250 Vgl. hinten RZ 186ff.

251 Vgl. NZZ Nr. 60 vom 13. März 1987, 21. Vgl. dazu vorne § 1 RZ 15.

120 Das **Bundesgericht** hat sich zu diesem Anwendungsbereich von OR 648 I **noch nie geäussert**. Ebenso nicht - soweit dies anhand der publizierten Entscheide feststellbar ist - die kantonalen Gerichte. Die **Lehrmeinungen** sind - mit Ausnahme der jüngst entstandenen und in SAG a.a.O. wiedergegebenen Rechtsgutachten - äusserst spärlich und z.T. ohne Begründungen **pauschal abgefasst** ²⁵².

121 Aus all diesen Gründen rechtfertigt es sich, den Fall der Einführung von Stimmrechtsaktien etwas genauer abzuklären. Deshalb ist OR 648 I mit Hilfe der **"klassischen" Interpretationselemente** ²⁵³ auszulegen:

aa) **Grammatikalisches Auslegungselement**

122 Aufgrund der grammatikalischen Auslegung, welche auf den **Wortlaut** abstellt, wird die Tragweite des Wortes "Einführung" **nicht klar**:

123 Soll damit das **Zeitmoment** hervorgehoben und ein Gegensatz geschaffen werden zur Rechtslage, wenn Stimmrechtsaktien schon in den Urstatuten vereinbart worden sind? Soll damit betont werden, dass lediglich die erstmalige Einführung von Stimmrechtsaktien nach der Gründung einer qualifizierten Beschlussfassung unterliegt? ²⁵⁴ Diese Auslegung wäre sprachlich und logisch denkbar ²⁵⁵ und etwa anhand einer Gegenüberstellung zum Wort "Ausgabe" auch vertretbar ^{256 257}.

124 Wie ist die Rechtslage aber bei einer **"weiteren" Ausgabe von Stimmrechtsaktien**, wenn die "eingeführten" Stimmrechtsaktien bei einer Kapitalerhöhung lediglich **vermehrt** werden? Muss auch

252 Vgl. hinten RZ 129ff.

253 Vgl. dazu Meier-Hayoz, Art. 1 N 180.

254 Bei der Gründung sind die Zeichner bekanntlich dadurch geschützt, dass (bei der Simultangründung) Einstimmigkeit gefordert ist (vgl. dazu vorne RZ 87ff), bzw. dass (bei der Sukzessivgründung) die Zeichnung auf den Statutenentwurf Bezug nehmen muss und wesentliche Aenderungen desselben nur einstimmig sowie mit einem Sonderquorum erfolgen können, vgl. vorne RZ 58ff, 69ff.

255 Vgl. auch Bär, Gutachten 88; ähnlich auch Hirsch, Gutachten 90.

256 Vgl. Bär a.a.O.

257 Vgl. OR 654/55. OR 654 II bezeichnet auch die Schaffung von "weiteren" Prioritätsaktien, wenn also schon solche vorhanden sind, als "Ausgabe".

dieser Entscheid der GV der qualifizierten Beschlussfassung von OR 648 I unterstellt werden?

125 Analog etwa dem Synonymwort "Importierung" könnte mit einer weiten Auslegung des Wortes "Einführung" auf diese Ansicht geschlossen werden. Ein Import liegt nicht nur dann vor, wenn Waren erstmals in ein Land eingeführt werden, sondern bei **jeder** Einfuhr. Analoges gilt für "Einfuhrzölle", welche **jedesmal**, wenn eine bestimmte Menge einer Ware in ein bestimmtes Gebiet gebracht wird, erhoben werden, nicht nur dann, wenn die Gegenstände zum ersten Mal oder in einer gegenüber dem Vorjahr grösseren Zahl der anderen Art eingebracht werden und somit allenfalls eine grössere Konkurrenz zu den Waren im Einfuhrgebiet darstellen. Eine **enge** Auslegung des Wortes "Einführung" umfasst dagegen lediglich die **erstmalige** Schaffung von Stimmrechtsaktien.

125a Ist nun nebst der "engen" Auslegung auch die "weite" Auslegung massgebend, **oder lediglich die erste?**

126 Aufgrund des Wortlautes kann daher immerhin (aber auch nur) gefolgert werden, dass jedenfalls mindestens die **erstmalige Einführung** von Stimmrechtsaktien seit der Gründung der erschwerten Beschlussfassung von OR 648 I unterliegt ²⁵⁸. Ebenso klar ist m.E. aufgrund der Terminologie, dass auch die Einführung einer **weiteren Stimmrechtsaktienkategorie, bzw. -art**, nur mit dem erschwerten Quorum von OR 648 I beschlossen werden kann, weil der Gesetzeswortlaut auch diesen Fall mitumfasst ²⁵⁹, und dass die **"Aufhebung"** bzw. **"formelle" Aenderung** der Stimmrechtsaktien vom Anwendungsbereich dieser Norm ausgeschlossen ist ²⁶⁰.

127 Unklar bleibt jedoch, ob das Quorum auch dann anzuwenden ist, wenn lediglich eine "Einführung" nur in einer **weiten Auslegung** des Wortes vorliegt, d.h. wenn **bestehendes Stimmrechtsaktienkapital erhöht** wird, oder wenn durch **Umwandlung** oder **Spaltung** von Aktien Stimmrechtsaktien entstehen bzw. wenn durch eine Kapitalerhöhung der prozentuale

258 Ebenso Hirsch a.a.O. 90.

259 Ebenso Hirsch a.a.O.

260 Vgl. hinten RZ 288ff und 321a.

Stimmanteil der Stimmrechtsaktien am Grundkapital zunimmt, wodurch deren Stimmkraft erhöht wird ²⁶¹.

128 Für diese zentralen Fragen erlaubt der Wortlaut kein schlüssiges Resultat. Deshalb sind die **weiteren Auslegungselemente** beizuziehen ²⁶².

bb) Historisches Auslegungselement

129 Das historische Auslegungselement berücksichtigt insbesondere die **amtlichen Dokumente der gesetzgeberischen Vorarbeiten** und des eigentlichen **Gesetzgebungsverfahrens** ²⁶³. Freilich ist die Tauglichkeit der Materialien sowie ihre Bedeutung als Auslegungsmittel in der Lehre umstritten ²⁶⁴ und in der Praxis nicht durchwegs anerkannt ²⁶⁵.

130 Diese Dokumente sind - je nach den Vorbereitungen, welche ein Referent oder ein Kommissionsmitglied getroffen hat - aufschlussreicher oder nichtssagender und - je nach der politischen Bedeutung, welche einem Rechtsinstitut beigemessen worden ist - ausführlicher oder kürzer ²⁶⁶.

131 Für die von uns abzuklärenden Fragen sind die Materialien - wohl aus einem der oben aufgeführten Gründe - **unergiebig**. Das m.W. einzige Dokument, das sich zumindest teilweise auf die im Zusammenhang mit OR 648 I gestellten Probleme bezieht, ist die Äusserung des Berichterstatters **Thalmann** im Ständerat. Der Referent äussert sich dort wie folgt:

132 *"Bei Art. 647 stelle ich Ihnen den Antrag, für die nachträgliche Einführung sogenannter Stimmrechtsaktien das gleiche Quorum zu verlangen. Sie werden später bei der Beratung von Art. 692 des Entwurfs hören, dass Ihre Kommission im Gegensatz zum Bundesrat die Zulässigkeit eines sogenannten verdeckten Pluralstimmrechts vorschlägt. Es wird nämlich vor-*

261 Vgl. dazu hinten RZ 190ff, 199ff, 224ff.

262 Vgl. Meier-Hayoz, Richter 41f; Jäggi, privilegierte Aktien 90; Hirsch, Gutachten 91.

263 Meier-Hayoz, Art. 1 N 215f.

264 Vgl. Staehelin 20f, 39f; Germann 200ff.

265 Vgl. die Uebersicht über die "grundsätzlich grundsatzlose" bundesgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage bei Meier-Hayoz, a.a.O. N 222 sowie etwa BGE 107 II 339, 111 II 180 als Beispiele für einen intensiven Beizug der Materialien und BGE 108 II 481 für eine Ablehnung von deren Berücksichtigung im konkreten Fall.

266 Staehelin a.a.O.

geschlagen, dass jede Aktie, gleichgültig, wie gross der Nennwert ist, je eine Stimme haben müsse. Es kann also vorkommen, dass bei einer schweizerischen Aktiengesellschaft Aktien von 1000 Fr. und Aktien von 50 Fr. das gleiche Stimmrecht haben. Die nachträgliche Einführung von sogenannten Stimmrechtsaktien, d.h. solcher Aktien, welche für einen kleinen Betrag das gleiche Stimmrecht haben wie diejenigen des mehrfachen, bedeutet für die bisherigen Aktionäre eine starke Entrechtung. Ich bin der Ansicht, dass die nachträgliche Einführung von Stimmrechtsaktien nur mit einer grossen Majorität beschlossen werden soll. In den in der Schweiz öffentlich diskutierten Fällen von Stimmrechtsaktien ist jeweils darauf hingewiesen worden, dass deren Einführung sozusagen die einstimmige Billigung der Aktionäre gefunden habe oder doch mit überwältigender Majorität beschlossen worden sei. Ich empfehle Ihnen daher meinen Antrag" 267.

133 Aus dieser Aeusserung lässt sich folgern, dass der Gesetzgeber die **nachträgliche** Einführung von Stimmrechtsaktien vor Augen hatte, dass er also den **Gegensatz zur entsprechenden Normierung schon vor der Gründung** hervorheben wollte ²⁶⁸. Daher kann vorerst festgehalten werden, dass das Quorum von OR 648 I nur bei der nachträglichen Schaffung von **Stimmrechtsaktien**, d.h. bei ihrer Einführung **nach der Gründung der Gesellschaft**, gilt. Werden diese bei der Gründung der Gesellschaft ausgegeben, so ist die Norm weder unmittelbar, noch analog anwendbar ²⁶⁹. In jenem Stadium sind vielmehr die speziell dafür vorgesehenen Schutzvorkehrungen anzuwenden ²⁷⁰.

134 Daraus erhellt auch der **Sinn** dieses Instituts. Den Gesellschaftern soll ein wirksames Mittel zur **Bekämpfung der** (nachträglichen) **Ueberfremdung** in die Hand gegeben werden ²⁷¹. Gleichzeitig sollen - mittels der erschwerten Beschlussfassung - die bisherigen (Minderheits) Aktionäre ²⁷² geschützt werden ²⁷³, was auf den angestrebten **Zweck** der Norm hinweist ²⁷⁴.

267 StenBull StR 1931, 364.

268 Jäggi a.a.O. 80, 90; Funk, Kommentar zu Art. 693 N 1.

269 Jäggi a.a.O. 80 m.w.H.

270 Vgl. dazu vorne RZ 123 FN 258.

271 Jäggi a.a.O. 90; Biber 9, 132; Hinderling 94

272 Vgl. dazu § 3 RZ 8ff, 40ff.

273 Jäggi a.a.O. 80.

274 Vgl. hinten RZ 143ff.

135 Weiter lässt sich aus dem Votum Thalman folgend, dass dem Gesetzgeber die "Ausgabe" **neuer Aktien** als Stimmrechtsaktien vorschwebte, während offenbar die Möglichkeit der **Umwandlung bisheriger Aktien in Stimmrechtsaktien** (sei es, dass bisherige Aktien zerlegt werden in solche von unterschiedlichem Nennwert, sei es, dass durch eine Kapitalerhöhung die bisherigen Aktien zu Stimmrechtsaktien werden, indem solche von höherem Nennwert aber mit gleichem Stimmrecht wie die bisherigen Aktien ausgegeben werden) **nicht diskutiert** wurde ²⁷⁵.

136 **Unklar** bleibt aber aufgrund der Materialien weiterhin, ob OR 648 I in **jedem Fall** der nachträglichen Schaffung von Stimmrechtsaktien gelten soll oder ob unter "Einführung" nur die Vereinbarung der entsprechenden statutarischen Grundlage und damit - entsprechend der "engen" Auslegung -, nur die erstmalige Einführung von solchen Aktien seit der Gründung zu verstehen ist.

137 Aus der einzigen relevanten Stelle in den Materialien ergibt sich damit nur, dass OR 648 I den **Schutz der bisherigen Aktionäre** bei der Schaffung von Stimmrechtsaktien bezweckt und dass die Norm dann nicht zum Tragen kommt, wenn schon im Gründungsstadium Stimmrechtsaktien geschaffen werden. Im übrigen bleibt die Norm aufgrund einer Betrachtung ihrer Entstehungsgeschichte unklar und sind daher weitere Auslegungshilfen beizuziehen.

cc) **Systematisches Auslegungselement**

138 Das systematische Element bezieht sich bei der Auslegung von Einzelnormen auf die **Gesetzesordnung als Ganzes** und u.U. auf die **gesamte Rechtsordnung** als Einheit ²⁷⁶. Es ist somit der **Zusammenhang einer Einzelnorm mit den übrigen Gesetzes- und Rechtsbestimmungen** zu berücksichtigen.

²⁷⁵ Jäggi a.a.O. 91; vgl. dazu hinten RZ 187ff.

²⁷⁶ Meier-Hayoz, Art. 1 N 188f; BGE 80 II 316, 78 I 30, 74 I 520.

139 Auch dieser Gesichtspunkt führt zu **keinem schlüssigen Resultat**:

140 Wie schon vorne ²⁷⁷ erwähnt, verwendet das Gesetz **unterschiedliche Termini**:

- So wird in OR 655 im Hinblick auf die Vorzugsaktien von "**Ausgabe**" gesprochen. In OR 654 I wird diesem Wort auch noch der Begriff der "**Umwandlung**" entgegengestellt.
- In OR 627 Ziff. 10 erwähnt das Gesetz sodann "**Ausgabe**" für den Anwendungsbereich von OR 648 I, wogegen in dieser letzten Norm für denselben Anwendungsfall sowie auch in OR 706 II von "**Einführung**" die Rede ist.
- In OR 657 ist hinsichtlich des Genussscheins schliesslich von "**schaffen**" und "**Schaffung**", in OR 658 dagegen - wiederum bezüglich der Genussscheine -, von "**Ausstellung**" die Rede.

141 Diese Umschreibungen des Gesetzes beziehen sich im Prinzip sämtliche auf **ähnliche Tatbestände**, nämlich auf die nachträgliche Erhöhung des Eigenkapitals durch die "Einführung", "Schaffung" oder "Ausgabe" von bestimmten Wertpapieren. Da sie aber **nicht einheitlich** verwendet werden bzw. z.T. in bezug auf denselben Tatbestand einmal die "Ausgabe" und einmal die "Schaffung" ²⁷⁸ erwähnt wird, lässt sich in systematischer Hinsicht in bezug auf die zu beantwortenden Fragen ²⁷⁹ nichts ableiten, insbesondere kann daraus nicht gefolgert werden, dass der Begriff "einführen" eng zu verstehen ist und damit nur die erstmalige Schaffung von Stimmrechtsaktien erfasst werden soll ²⁸⁰.

142 Die uneinheitliche Terminologie des Gesetzes vermittelt viel eher den Eindruck, der Gesetzgeber habe die verschiedenartigen Ausdrucksweisen bei ähnlichen Tatbeständen **ohne Absicht einer Differenzierung** ge-

²⁷⁷ Vgl. vorne RZ 122ff.

²⁷⁸ Vgl. OR 627 Ziff. 10 und 648 I.

²⁷⁹ Vgl. vorne RZ 118, 127.

²⁸⁰ Ebenso kann die Frage, ob im "Einführen" auch die Umwandlung mitenthalten ist, vgl. Jäggi a.a.O.

wählt, er sei sich der in diesem Zusammenhang bestehenden Probleme gar nicht bewusst gewesen. Vgl. dazu Bär: "Das Wort "Einführung" ist dann eben Gesetz geworden, ohne dass jemand dies terminologisch und koordinierend unter die Lupe genommen zu haben scheint" ²⁸¹ ²⁸².

dd) Teleologisches Auslegungselement

143 Das wichtigste Element bei der Auslegung und Ermittlung des Sinnes einer Norm ist das sogenannte teleologische Element, welches den **Zweckgedanken** des Gesetzes betont ²⁸³. "Ueberall ist der Zweck, auf dem die Geltung eines Rechtssatzes beruht, massgebend für seine Auslegung" ²⁸⁴.

144 Damit kann häufig auch ein **Interessenschutz** verfolgt werden ²⁸⁵. Durch die Berücksichtigung des Zwecks einer Norm können sich erhebliche **Abweichungen des Sinnes vom Wortlaut** ergeben und es kann daher dieses Auslegungselement zu einer ausdehnenden oder einschränkenden Interpretation führen ²⁸⁶. Hauptsächlich interpretiert man so, dass das Ergebnis dem sorgfältig, im Sinne einer finalen Betrachtung ermittelten Zweck nicht widerspricht ²⁸⁷.

145 "Eine wertvolle Erkennungshilfe leistet oft die **Entstehungsgeschichte**" ²⁸⁸. Die Materialien geben - wie schon vorne erörtert wurde ²⁸⁹ - für die hier zu untersuchenden Fragen ²⁹⁰ einen wichtigen Hinweis auf den Zweck des für die Einführung von Stimmrechtsaktien vorgeschriebenen Quorums: Die Schaffung von Stimmrechtsaktien sollte deshalb erhöhten Quorumsvorschriften zwingend unterworfen werden, weil die nachträgliche

281 Gutachten a.a.O. 88.

282 "So wird dem grammatischen Element bei einer auf die Wiedergabe des Wesentlichsten gerichteten Redaktionstechnik ... kein allzu grosses Gewicht beigelegt werden dürfen" Meier-Hayoz a.a.O. N 181.

283 Meier-Hayoz, Art. 1 N 192, 196.

284 Germann 231; vgl. auch Meier-Hayoz, Richter 233.

285 Meier-Hayoz, Art. 1 N 194; vgl. auch E.E. Ott: Gedanken zu Art. 1 ZGB und seiner Anwendung in der Bundesgerichtspraxis, SJZ 83 (1987) 193ff.

286 BGE 49 I 542, 80 II 316, 83 II 293, 92 II 2 u.v.a.; vgl. zur Unterscheidung zwischen restriktiver und extensiver Auslegung Meier-Hayoz a.a.O. N 227f.

287 Ofinger 358; Hüppi 86ff; vgl. auch Ott, zit. vorne in FN 284.

288 Meier-Hayoz a.a.O. N 208; derselbe, Richter 223 und derselbe, SJZ 48 (1952) 231.

289 Vgl. vorne RZ 132.

290 Vgl. vorne RZ 131ff.

Einführung solcher Aktien für die bisherigen Aktionäre "eine starke **Entrechtung**" ²⁹¹ mit sich bringen kann ²⁹².

146 Ebenso betont die **Lehre** - wie vorne gezeigt wurde ²⁹³- die qualifizierten Mehrheitsquoten und insbesondere Mehrheits- Präsenz-/Stimmenquoten wie etwa dasjenige von OR 648 I bezweckten den **Schutz der überstimmten Minderheitsaktionäre gegenüber deren Mehrheit** ²⁹⁴. Die bisherigen Minderheitsaktionäre sollen vor einer Verschiebung der Machtverhältnisse innerhalb der Gesellschaft und damit vor einer übermässigen Schwächung ihrer Stellung geschützt werden ²⁹⁵ ²⁹⁶.

147 Auch schon aus dem Gesetz - nämlich dem Marginale von OR 646 - geht hervor, dass es sich bei OR 648 I um eine Norm zum **Schutz der bisherigen Aktionäre bei speziellen Statutenänderungen handelt** ²⁹⁷.

148 Zwar muss sich der Aktionär bei Kapitalerhöhungen - wenn er auf die Geltendmachung seines Bezugsrechts verzichtet oder wenn ihm dieses entzogen wird - eine **proportionale Schwächung seiner Stimmkraft** gefallen lassen, hat er doch **kein Recht auf Beibehaltung des Grundkapitals in seiner bisherigen Höhe** und damit auch kein Recht auf **Beibehaltung seines relativen Anteils** sowie grundsätzlich auch **keinen Schutz vor Kapital-**

291 Thalmann in StenBull StR 1931, 364.

292 Vgl. Botschaft 1928, 27f.

293 Vgl. vorne RZ 8ff, 40ff.

294 Vgl. im besonderen Jäggi, privilegierte Aktien 91; Hensel 162; Horn 371; Mijalovic 63; Wander 42; Pelli 38f.

295 Schluep, wohlerworbene Rechte 228; Jäggi a.a.O. 80f; Bürgi, Kommentar zu Art. 693 N 28; Mijalovic 63; Balastèr 110.

296 Betreffend den von den qualifizierten Mehrheitsquoten ebenfalls bezweckten **Schutz der Gesellschaft** (vgl. dazu vorne § 3 RZ 8) ist festzuhalten, dass dieser bei der Beschlussfassung über die Einführung von Stimmrechtsaktien eindeutig als **Nebenzweck** zu qualifizieren ist. Hauptzweck der Erschwerung ist der Schutz der bisherigen (Minderheits-) Aktionäre. Der Zweck des Gegenstandes, über welchen hier abgestimmt wird, nämlich die Einführung von Stimmrechtsaktien, steht dagegen sehr wohl im Interesse der Gesellschaft, handelt es sich dabei doch um eine **Schutzmassnahme** gegen die Ueberfremdung der Gesellschaft (vgl. vorne RZ 134). Es ist also zu unterscheiden zwischen dem **Zweck der Einführung von Stimmrechtsaktien** einerseits und dem **Zweck des diesbezüglichen Quorums für die Generalversammlung** andererseits. Aktionärs- und Gesellschaftsschutz decken sich hier nicht. Eine Gesellschaft kann daher in ihrem eigenen Interesse Stimmrechtsaktien schaffen. Sie hat bei der Angabe aber die Interessen der Minderheitsaktionäre zu schützen, indem der Ausgabebeschluss der GV obliegt und die Ausgabe u.U. nur mit einer qualifizierten Zustimmung der Aktionäre zustande kommt.

297 Vgl. auch Marginalien zu OR 647.

verwässerungen ²⁹⁸. Jedoch muss er ²⁹⁹ sich eine überproportionale Schwächung seiner Stimmkraft durch die Einführung von Stimmrechtsaktien nur gefallen lassen, wenn die **qualifizierten Anforderungen an die Beschlussfassung gemäss OR 648 I erfüllt sind**.

149 Eine solche **überproportionale Schwächung der Stimmkraft** kann bei den **bisherigen Aktionären** eintreten, wenn die neu ausgegebenen Aktien Stimmrechtsaktien sind, aber auch, wenn die oder ein Teil der bisherigen Aktien zu Stimmrechtsaktien werden und diese Stimmrechtsaktien ungleichmässig unter die bisherigen Aktionäre "verteilt" werden ³⁰⁰. Letzteres kann sowohl mit als auch ohne eine Kapitalerhöhung geschehen ³⁰¹. Eine solche Massnahme soll mittels einer **Sperrminorität** verhindert werden können ³⁰². Die qualifizierte Beschlussfassungsvorschrift des Art. 648 I stellt daher ein sog. **negatives Minderheitenrecht**, ein "**Sperr-Recht der Minderheit**" dar ³⁰³.

150 Die erhöhten Anforderungen gemäss OR 648 I rechtfertigen sich daher dann - und nur dann - wenn **durch die Schaffung von Stimmrechtsaktien eine Benachteiligung bisheriger Aktionäre** erfolgt, nicht dagegen ganz allgemein in sämtlichen Fällen der Schaffung von stimmprivilegierten Papieren ³⁰⁴.

151 Es ist daher jeweils im **konkreten Anwendungsfall zu prüfen, ob der (Minderheits-) Aktionärsschutz eine Einhaltung des Quorums von OR 648 I verlangt**.

152 Dabei kann es m.E. nicht darauf ankommen, ob die **erstmalige Schaffung von Stimmrechtsaktien** (seit der Gründung) ³⁰⁵ vereinbart wird, oder ob es sich um die Schaffung **zusätzlicher** Stimmrechtsaktien han-

298 Forstmoser, Aktienrecht § 15 N 28; F. von Steiger,^{*} Aktiengesellschaft 177. Vgl. auch schon BGE 26 II 418.

299 D.h. eine Minderheit gegenüber einer Mehrheit der Aktionäre, vgl. dazu vorne § 3 RZ 10ff.

300 Vgl. dazu hinten RZ 187ff, 196.

301 Vgl. dazu nachfolgend RZ 186ff.

302 Von Greyerz, Aktiengesellschaft 168f; Moser 3.

303 Von Greyerz a.a.O.; Horn a.a.O.; Mijalovic a.a.O.; Geilinger 13; Zehnder 113.

304 Vgl. hinten RZ 226 und zum Kausalzusammenhang RZ 172 und 228.

305 Vgl. vorne RZ 122ff..

delt ³⁰⁶, ist doch immer hervorzuheben, dass es um einen **Schutz der Minderheit von Aktionären** geht, welche **nicht durch einen gewöhnlichen Mehrheitsbeschluss übermässig an Stimmkraft verlieren sollen**. Damit wird auch klar, dass es keine Rolle spielen kann, ob es um eine erstmalige Einführung von Stimmrechtsaktien oder um eine nachträgliche geht: Ist sie **überproportional**, so verlieren die bisherigen Aktionäre immer übermässig an Stimmkraft. Eine Vermehrung der Stimmrechtsaktien kann die Position bisheriger Aktionäre ebenso verschlechtern wie die erstmalige Einführung derselben. Die Frage, wie gravierend der Eingriff in die Rechtsstellung der bisherigen Minderheitsaktionäre ist, hängt damit nicht davon ab, ob die Einführung erstmalig oder als Wiederholung geschieht, sondern vom **Umfang bzw. der Wirkung der neu zu schaffenden Stimmrechtsaktien, gleich, ob diese erstmals oder als Folge eingeführt werden**. Das Schutzbedürfnis ist in beiden Fällen dasselbe und es rechtfertigt sich daher nicht, zwischen diesen beiden Tatbeständen im Hinblick auf das erforderliche Quorum zu differenzieren.

153 Ebensowenig ist ein Unterschied zu machen zwischen der allgemeinen Normierung der **statutarischen Grundlage** und einem konkreten, Stimmrechtsaktien schaffenden **Kapitalerhöhungsbeschluss**: Auch beim "Ausführungsbeschluss" ist das Quorum zu beachten, wenn bisherige Aktionäre überproportional an Stimmkraft verlieren. Diese Ansicht vertreten auch Siegwart ³⁰⁷ und Bär ³⁰⁸ betreffend die Möglichkeit, "in den Urstatuten und mit Zustimmung aller Zeichner die Schaffung von Stimmrechtsaktien so in Aussicht zu nehmen, dass dannzumal OR 648 nicht mehr nötig sein werde" ³⁰⁹. Sie begründen dies mit der zutreffenden und wohl auch für den Fall der nachträglichen Schaffung einer entsprechenden statutarischen Grundlage gültigen Argumentation, dass "Zustimmungen zum voraus und ganz allgemein für künftige Fälle, sehr leicht gegeben werden", und deshalb "nicht einen Entscheid vollwertig zu ersetzen vermögen, den jemand mit Hinsicht auf einen gegenwärtig gegebenen konkreten Tatbestand trifft" ³¹⁰.

306 Vgl. dazu Siegwart, Art. 648 N 10 und 654 N 2; Schucany, Art. 648 N 4 sowie Zimmermann 68f; Geilinger 110 und Weber 63, welche sämtliche den Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes unberücksichtigt lassen und sich mit pauschalen, unbegründeten Aussagen begnügen.

307 Art. 648 N 12 und 13.

308 Gutachten a.a.O. 91.

309 Bär a.a.O.

310 Bär a.a.O.

Sie weisen noch darauf hin, dass zwingende Gesetzesvorschriften ja häufig das Ziel haben, ein Rechtssubjekt vor den Folgen unüberlegt abgegebener Erklärungen, die ihn übermässig binden, zu schützen ³¹¹. M.E. ergibt sich jedenfalls die Unzulässigkeit der Ansicht, das Quorum von OR 648 I sei nur bei der Normierung der statutarischen Grundlage und nachher nicht mehr zu beachten auch aus dem Wortlaut des Gesetzes, welcher sich nicht auf eine Statutenänderung beschränkt, sondern allgemeiner, **weiter gefasst** ist. Ob das Quorum von OR 648 I erreicht wurde, wird ja auch jedesmal neu überprüft und es genügt daher heute nicht, dass es vor Jahren einmal erreicht wurde.

154 Der Wortlaut "eingeführt" ist daher **unglücklich gewählt** und kann zu **falschen Schlüssen** führen ³¹². Hätten alle ähnlichen Anwendungsfälle ³¹³ im Gesetz eine **einheitliche Terminologie**, z.B. "Ausgabe" so wäre die Rechtsanwendung unproblematischer.

155 Dieses Resultat, wonach das in OR 648 I vorgesehene Quorum nur dann einzuhalten ist, wenn durch die Schaffung von Stimmrechtsaktien bisherige Aktionäre in ihrer Rechtsstellung beeinträchtigt werden, deckt sich mit der Auffassung von **Jäggi**, welcher die Problematik im Hinblick auf die **Umwandlung bisheriger Aktien in Stimmrechtsaktien** überprüft ³¹⁴. Jäggi stellt fest, dass - falls die Stimmkraft sämtlicher bisheriger Aktionäre voll gewahrt bleibt - zu einem Aktionärsschutz "nicht der geringste Anlass" bestehe ³¹⁵. Dies treffe z.B. im Falle der Umwandlung von bisherigen Aktien ganz oder teilweise in Stimmrechtsaktien unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Aktionäre und der Erfordernisse von OR 693 zu, und zwar in folgenden Fällen:

- wenn **alle bisherigen Aktien** zerlegt werden in Aktien von **verschiedenem Nennwert**, aber **gleicher Stimmkraft** ³¹⁶

311 Bär a.a.O.; vgl. dazu auch vorne § 3 RZ 3ff, 8ff, 40ff.

312 Vgl. schon vorne bei RZ 122ff.

313 Vgl. vorne RZ 140.

314 Jäggi a.a.O. 91.

315 Jäggi a.a.O.; ebenso Homburger, Notizen 145.

316 Ein entsprechender Beschluss wurde vor einiger Zeit bei der "Hero" gefasst, vgl. hinten RZ 200.

- wenn durch eine **Kapitalerhöhung** Aktien von **höherem Nennwert**, aber mit **gleicher Stimmkraft** wie die bisherigen Aktien ausgegeben werden ³¹⁷
- wenn bei einer **Kapitalerhöhung** aus Gesellschaftsmitteln die neuen Aktien den bisherigen Aktionären **nach Verhältnis ihres Aktienbesitzes zugewiesen** und als Stimmrechtsaktien ausgestaltet werden ³¹⁸.

156 Zu Recht betont Jäggi, dass in solchen Fällen der Aktionär **keine Verschlechterung seiner persönlichen Rechtsstellung** in Kauf nehmen muss. Der Aktionär, der sich nun gegen eine solche Umwandlung wende, müsse daher die Schaffung von zwei Aktiengattungen mit verschieden starker Stimmkraft an sich rügen, was mit dem Minderheitenschutz im Sinne von OR 648 I jedoch nichts zu tun habe. Dieser strebe eben nur den Schutz persönlicher Rechtsstellungen an ³¹⁹.

157 Jäggi betont schliesslich, dass es auch Fälle der Umwandlung bisheriger Aktien in stimmrechtlich privilegierte Aktien gibt, bei welchen der Aktionärsschutz die Einhaltung des Quorums von OR 648 I gebietet: Dann nämlich, wenn die bisherigen Aktien **nicht gleichmässig** in Stimmrechtsaktien umgewandelt werden, wenn also z.B. nur ein **Teil der Aktien** zerlegt und umgewandelt wird oder wenn **verschiedene Aktiengattungen anderer Art** (Stamm- und Vorzugsaktien) bestehen und nur die Aktien der **einen Gattung umgewandelt werden** ³²⁰. Dann bedarf ein **Teil der bisherigen Aktionäre** des Schutzes von OR 648 I, weil nicht sämtliche nach der Zerlegung bzw. Umwandlung Stimmrechtsaktien erhalten und daher einzelne überproportional an Stimmkraft verlieren ³²¹.

158 Interessant ist das von Hirsch erwähnte Beispiel: In bestimmten Fällen erfolgt durch eine Erhöhung des **Stammaktienkapitals** bzw. eine **überproportionalen Erhöhung des Stammaktienkapitals** eine Erhöhung des **Stimmrechtsprivilegs der Stimmrechtsaktionäre** ³²².

317 Vgl. dazu hinten RZ 215 i.V.m. RZ 211.

318 Vgl. dazu hinten RZ 169, 184, 214, 285, 312.

319 Jäggi a.a.O. 91; vgl. auch schon die bundesrätliche Botschaft von 1928, 27f.

320 Hirsch, Gutachten 90.

321 Vgl. Hirsch, a.a.O. und vorne RZ 119.

159 Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass OR 648 I aufgrund einer **teleologischen Auslegung** so zu interpretieren ist, dass Generalversammlungsbeschlüsse, die auf irgendeine Art Stimmrechtsaktien "schaffen" - sei es durch Umwandlung oder Zerlegung bestehender Aktien sei es durch erstmalige Einführung von Stimmrechtsaktien oder durch Erhöhung des Stimmrechtsaktienkapitals - überprüft werden muss, ob **dadurch**³²³ die **relative Stimmkraft der bisherigen Stamm- und allenfalls auch Stimmrechtsaktionäre** (wenn noch kleinere Nennwerte ausgegeben werden und statutarisch das Stückstimmrecht normiert wurde)³²⁴, bzw. eines Teils derselben **überproportional zu ihrem Kapitaleinsatz vermindert** und damit **geschwächt** wird. **Ist dies der Fall, dann ist das Quorum von OR 648 I einzuhalten**³²⁵. Umgekehrt ist dieses Quorum **nicht einzuhalten**, wenn durch die Einführung von Stimmrechtsaktien die bisherigen Aktionäre **keine Verschlechterung** in ihren Stimmverhältnissen erleiden. Es kommt also nicht darauf an, ob alle Aktionäre gleich behandelt werden und z.B. gleichmässig an Stimmkraft verlieren, sondern **ob** sie bzw. ein Teil von ihnen durch diese Transaktion an Stimmkraft verlieren³²⁶. OR 648 I müsste daher präzisiert werden, indem dort einmal eine offenere Terminologie gewählt würde, z.B. "**Ausgabe**" oder "**Schaffung**", und indem der Zusatz "**sofern bisherige Aktionäre dadurch in ihrem Stimmrecht überproportional benachteiligt werden**" angefügt würde³²⁷.

160 Damit wird mit dem teleologischen Auslegungselement der unpräzis formulierte Wortlaut von OR 648 I strenggenommen teils etwas **ausgedehnt**, teils etwas **eingeeengt**, was zulässig ist³²⁸:

- Einerseits ist unter das Wort "Einführung" somit u.U. auch die **Vermehrung** von Stimmrechtsaktienkapital zu subsumieren, was von der engen Auslegung³²⁹ nicht zugelassen ist, weil es sich nicht um

322 Vgl. Hirsch a.a.O. und hinten RZ 226ff.

323 Vgl. zum Kausalzusammenhang hinten RZ 172 und 228.

324 Vgl. hinten RZ 212 i.V.m. 215.

325 Im Ergebnis gleich: Bär a.a.O.; Hirsch a.a.O. und Homburger a.a.O.

326 Zum Bezugsrecht und zum Gleichbehandlungsgrundsatz vgl. nachfolgend RZ 162ff.

327 Im Ergebnis gleich Bär, Gutachten a.a.O.; Hirsch, Gutachten 58 a.a.O. und Homburger, Notizen 145.

328 Vgl. dazu vorne RZ 122ff, 128, 144 und kritisch dazu Jäggi a.a.O. 412 sowie E.E. Ott, zit. vorne FN 285.

329 Vgl. vorne RZ 123 und 126.

eine Neu-Einführung handelt und deshalb eine **Erweiterung** der obigen Bezeichnung darstellte ³³⁰.

- Andererseits erfolgt aber auch eine **Einengung** der im Gesetz erwähnten "Einführung", indem meistens nur die **Ausgabe** und in der Regel nicht die Umwandlung bisheriger Aktien in Stimmrechtsaktien ³³¹ von dieser Norm erfasst wird. Daher ist der Wortlaut hier zu weit und somit einzuengen ³³². Hiezu ist jedoch zu präzisieren, dass OR 648 I auch bei der Umwandlung dann zu beachten ist, wenn ein Teil der bisherigen Aktionäre überproportional an Stimmkraft verliert, d.h. wenn die Umwandlung in Stimmrechtsaktien nicht alle bestehenden Aktien gleichmässig erfasst ³³³.

161 Dasselbe gilt für die **Erhöhung des Stimmrechtsaktienkapitals**, wenn dadurch die Stimmprivilegierung der bisherigen Stimmrechtsaktien vermehrt wird ³³⁴.

ee) **Exkurs: Das Verhältnis von OR 648 I zum Bezugsrecht und zum Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre sowie zur Sonderregelung betreffend Vorzugsaktien**

162 Eine Mitberücksichtigung weiterer Normen des Aktionärsschutzes ist unter teleologischen wie unter systematischen Gesichtspunkten interessant. Deshalb werden hier zunächst das **Bezugsrecht** und das **Gleichbehandlungsprinzip**, welches einen ungeschriebenen Grundsatz des Aktienrechts darstellt, mitberücksichtigt:

163 Das **Bezugsrecht**, der **Gleichbehandlungsgrundsatz** sowie der **Schutz der (Minderheits-) Aktionäre nach OR 648 I** sind drei verschiede-

330 In einer weitgefassten Deutung des Wortes "Einführung" wäre auch die Vermehrung von Stimmrechtsaktienkapital mitenthalten, in einer engeren Interpretation könnte man dagegen nur die erstmalige Schaffung von Stimmrechtsaktien darunter verstehen. Vgl. vorne RZ 12ff. Weil der Wortlaut nicht eindeutig ist (vgl. die systematische Auslegung vorne, welche die uneinheitliche Terminologie des Gesetzgebers darlegt RZ 138ff.), konnte aufgrund der grammatikalischen Auslegung auch kein eindeutiger Schluss gezogen werden, vgl. vorne RZ 124f.

331 Vgl. dazu vorne RZ 127.

332 Vgl. Jäggi a.a.O.

333 Vgl. dazu oben RZ 187ff.

334 Vgl. dazu hinten RZ 224.

ne, voneinander grundsätzlich unabhängige **Schutzprinzipien**, welche **verschiedene Ziele** haben und diese mit **unterschiedlichen Schutzmechanismen** verfolgen³³⁵. Keiner dieser Grundsätze geht im anderen auf. Es genügt daher nicht, dass

- alle Aktionäre **gleich behandelt** werden
- das **Bezugsrecht** sämtlicher Aktionäre voll gewahrt wird,

um auf das qualifizierte Mehr von OR 648 I zu **verzichten**³³⁶.

164 Zum **Bezugsrecht** ist insbesondere festzuhalten, dass es allgemein den **Schutz der bisherigen Rechtsstellung der an der AG Beteiligten** (Aktionäre, Partizipanten, Genusscheininhaber) vor einer **Schwächung infolge Kapitalerhöhung** bezweckt³³⁷. Das Bezugsrecht soll also dem Aktionär und den anderen Berechtigten das bisherige Beteiligungsrecht und die bisherige Beteiligungsanwartschaft erhalten³³⁸.

165 Damit stellt es eine Art "**Korrekturmöglichkeit**" für den bisherigen Aktionär dar, um - mittels Zeichnung neuer Aktien - seine durch Kapitalerhöhungen geschwächte bzw. verwässerte Position dennoch zu wahren bzw. zu erhalten.

166 Der Schutz von OR 648 I setzt aber gewissermassen "**weiter vorne**" an, indem er eine **überproportionale Schädigung der Aktionäre durch die Ausgabe von bzw. durch Erhöhung des Stamm- oder Stimm-**

335 Zu den Sonderregeln für Vorzugsaktien vgl. nachfolgend RZ 264ff.

336 Im Ergebnis gleich: Jäggi a.a.O. 94, welcher jedoch am Anfang seiner diesbezüglichen Abklärungen festhält, dass die Benachteiligung der bisherigen Aktionäre nicht so sehr in der nachträglichen Ausgabe von Stimmrechtsaktien, als vielmehr im Ausschluss des Bezugsrechts liege: "*Dem gesetzgeberischen Zweck hätte es am besten entsprochen, wenn das Gesetz das qualifizierte Mehr des Art. 648 I einzig bei Ausschluss des Bezugsrechts ... gefordert hätte*" (a.a.O. 92f.). Weil aber der Wortlaut des Gesetzes nicht ohne Not noch weiter eingeengt werden dürfe, und weil ein gegenüber der gewöhnlichen Kapitalerhöhung verstärkter Nachteil eintrete, sei OR 648 I dennoch auch dann anzuwenden, wenn das Bezugsrecht der Aktionäre voll gewahrt bleibe. Bär (a.a.O.) rügt diese Schlussfolgerung sinngemäss wohl als inkonsequent. Aufgrund der hier von uns vertretenen Ansicht, wonach das Bezugsrecht und der Schutz nach OR 648 I klar voneinander zu trennen sind und die Einhaltung des einen Grundsatzes noch nicht die Nichteinhaltung des anderen zur Folge hat, erscheint diese Folgerung als unentbehrlich. Vgl. auch die Äusserungen Jäggis zur Regelung bei den Vorzugsaktien a.a.O. 93.

337 Vgl. Zindel 34 und 67 m.w.H.

338 Vgl. Zindel a.a.O.

rechtsaktienkapitals nur mit einem Zweidrittels Kapitalmehr zulässt. OR 648 I bezweckt daher einen **enger gefassten, konsequenteren Schutz**, der auch dann Platz greifen soll, wenn ein Aktionär auf die Ausübung seines Bezugsrechts verzichtet oder wenn ihm dieses zu Recht entzogen wurde: Auch in diesen Fällen braucht er sich eine überproportionale Schwächung seiner Stimmrechte nicht gefallen zu lassen, wenn das qualifizierte Mehr von OR 648 I nicht erfüllt wird.

167 Daraus ergibt sich, dass es **nicht genügt**, wenn dem Aktionär durch **volle Gewährung des Bezugsrechts** die Möglichkeit geboten wird, seine relative Stimmkraft zu erhalten und eine Schlechterstellung durch zusätzlichen Einsatz von Mitteln zu vermeiden. Der Aktionär müsste - selbst wenn ihm der Zugriff auf die neuen Aktien offenstünde - nämlich **überproportional** neue finanzielle Mittel investieren, um seine Position zu wahren. Er wird daher so oder so geschädigt. Einen solchen **Nachteil** muss er sich nur gefallen lassen, wenn die in OR 648 I vorgesehene **qualifizierte Mehrheit zustimmt**.

168 Die **ratio** dieser Norm gebietet daher - wie schon dargelegt³³⁹ - immer dann die Einhaltung des darin enthaltenen Quorums, wenn die **bisherigen Aktionäre** durch die **Schaffung von Stimmrechtsaktien in ihrer Rechtsstellung überproportional geschwächt** werden, unabhängig davon, ob ihnen die Gesellschaft die (entgeltliche) Zugriffsmöglichkeit auf diese privilegierten Aktien gewährt oder nicht.

169 Eine **Ausnahme** bildet etwa die von Jäggi erwähnte Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, bei der die Stimmrechtsaktien den bisherigen Aktionären nach Verhältnis ihres Aktienbesitzes gratis zugewiesen werden. Hier liegt eine Schädigung bzw. ein Nachteil oder Verlust von bisherigen Aktionäre gar nicht vor, weil sie eben **keine Mittel investieren müssen** um ihre Stellung zu wahren. Diese bleibt sich nicht nur gleich, sie verbessert

339 Vgl. vorne RZ 143ff, 151ff.

sich sogar ³⁴⁰. Dies ist der **einzige Fall**, wo die Gewährung des "Bezugsrechts" für den Ausschluss von OR 648 I eine Rolle spielt ³⁴¹.

170 Es wäre daher allenfalls sinnvoll gewesen wäre, den **Ausschluss des Bezugsrechts** für die bisherigen Aktionäre betreffend die Stimmrechtsaktien als weitere Voraussetzung für die Einhaltung des Quorums von OR 648 I gesetzlich zu normieren ³⁴² und damit den Anwendungsbereich dieser Norm einzuschränken ³⁴³. Es ist aber festzuhalten, dass der Gesetzgeber dies eben nicht getan hat und dass daher der Schutzbereich in dem Sinne grösser ist, als die Gewährung des Bezugsrechts - weil nicht erwähnt - nicht massgebend ist für die Beantwortung der weiteren Frage, ob die bisherigen Aktionäre übermässig geschädigt werden ³⁴⁴.

171 Weil es damit grundsätzlich um den **relativen Verlust des Nicht-mitwirkenden** geht, kommt es beim Anwendungsbereich von OR 648 I - wie betont - nicht auf die Gewährung des Bezugsrechts an. Selbst wenn also das Bezugsrecht gewährt wird, ist m.E. deshalb bei einer Einführung von Stimmrechtsaktien, welche die bisherigen Aktionäre in ihrem Stimmrecht überproportional schwächt, das Quorum von OR 648 I einzuhalten.

172 Werden dagegen bei einer gleichmässigen, proportionalen Kapitalerhöhung die neuen Aktien beider Kategorien **nicht ausschliesslich der entsprechenden Aktienkategorie zugehalten**, sondern **gleichmässig auf sämtliche Aktionäre** verteilt, indem diesen ein Bezugsrecht auf sämtliche neuen Aktien zugebilligt wird, so werden die bisherigen Aktionäre u.U. überproportional **geschädigt** und zwar nicht durch die Kapitalerhöhung an sich, jedoch dadurch, dass die neuen Aktien ihrer Kategorie **nicht ausschliesslich für sie reserviert** sind und sie daher ihren **Verwässerungsverlust nicht ausgleichen** können. Dies ist wiederum ein Fall, wo der **teilweise Entzug des Bezugsrechts** zu einer Schädigung einer bisherigen Aktienkategorie führt und **nicht die Einführung von Stimmrechtsaktien**: Es fehlt an der **direkten Kausalität zwischen der Einführung und der Schädigung**:

340 Jäggi a.a.O.; vgl. hinten RZ 214.

341 Vgl. hinten a.a.O. ...

342 Der vorne in RZ 159 erwähnte Gegenvorschlag müsste sodann mit dem Passus "... und ihnen gleichzeitig das Bezugsrecht entzogen wird ..." ergänzt werden.

343 Vgl. insbesondere Jäggi a.a.O. 92f.

344 Vgl. Jäggi a.a.O. 93f.

Wäre das Bezugsrecht jeder Kategorie gleichmässig für ihre neuen Aktien gewährt worden, so läge diese Schädigung nicht vor. Deshalb haben die Aktionäre ausschliesslich den teilweisen **Entzug des Bezugsrechts zu rügen** ³⁴⁵. OR 648 I ist nicht anzuwenden, denn die proportionale Erhöhung von Stimmrechtsaktienkapital allein schädigt die bisherigen Aktionäre nicht.

173 Nach dem - ungeschriebenen - **Gleichbehandlungsgrundsatz** ³⁴⁶ im Aktienrecht hat eine AG "die Aktionäre alle gleich zu behandeln, soweit nicht die Abweichungen unumgänglich sind, um im Interesse aller den Gesellschaftszweck zu verfolgen" ³⁴⁷.

174 Dieser Grundsatz wurde vom **Bundesgericht** in konstanter Rechtsprechung spätestens seit 1943 anerkannt ³⁴⁸.

175 Es handelt sich beim Gleichbehandlungsgrundsatz wiederum um eine von OR 648 I **verschiedene Schutzvorschrift**, welche die **Gleichbehandlung der Aktien bzw. Aktienkategorien** bezweckt, wogegen das Quorum von OR 648 I - wie vielfach betont - die bisherigen Aktionäre von einem überproportionalen Verlust ihrer Stimmkraft schützt.

176 Daraus folgt wiederum, dass es **nicht genügt**, wenn alle bisherigen Aktionäre gleich behandelt werden, um die überproportionale Einführung von Stimmrechtsaktien ohne Einhaltung des Quorums von OR 648 I zu rechtfertigen.

177 Die überproportionale Erhöhung einer Aktienkategorie muss so- dann auch dem **zwischen den einzelnen Aktienkategorien geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz** ³⁴⁹ entsprechen, denn "... die Durchbrechung der zwischen den verschiedenen Aktienkategorien bestehenden relativen

345 Der Bezugsberechtigte kann wohl den Entzug des Bezugsrechts rügen, vgl. ausführlich Zindel 140ff, 160 f. Auf die Art der auszugebenden Aktien hat er aber keinen Einfluss, vgl. Zindel 138 ff und zur Regelung des Entwurfs insbesondere von Greyerz, Aktionärschutz 459.

346 BGE 69 II 248.

347 Vgl. BGE 102 II 267 E. 1 m.w.H. sowie etwa F. von Steiger, Aktiengesellschaft 177.

348 Vgl. die Uebersicht bei Stockmann, 391ff.

349 Spiess 92ff.

Gleichheit ist nur dann zulässig, wenn sachliche Gründe zu Gunsten einer solchen Massnahme vorgebracht werden können...." ³⁵⁰

178 Es ist also in jedem Falle **gesondert zu prüfen**, ob **sachliche Gründe** für eine ungleiche Erhöhung der beiden Aktienkategorien vorliegen oder nicht. Ein solches Vorgehen muss immer im legitimen Interesse der Gesellschaft liegen, d.h. ein angemessenes Mittel zur Erreichung eines gerechtfertigten Zweckes darstellen, ansonsten der Kapitalerhöhungsbeschluss **anfechtbar** ist.

179 Werden **überproportional Stimmrechtsaktien** geschaffen, so sind - wie bereits aufgeführt - die bisherigen Aktionäre durch OR 648 I geschützt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist hier **kumulativ zu OR 648 I** anzuwenden. Werden jedoch überproportional oder ausschliesslich Stammaktien ausgegeben bei einer Kapitalerhöhung, so sind die bisherigen Aktionäre ausschliesslich durch den Gleichbehandlungsgrundsatz geschützt ³⁵¹.

180 Die Frage, ob lediglich im **Stimmrecht** privilegierte Aktien **Vorzugsaktien** im Sinne von OR 654/55 darstellen (womit bei der Ausgabe von Stimmrechtsaktien jeweils auch noch die Anwendung des dortigen Quorums ³⁵² geprüft werden müsste), ist **umstritten**. Funk ³⁵³, Zimmermann ³⁵⁴, Schucany ³⁵⁵ und im Prinzip auch Geilinger ³⁵⁶ und F. von Steiger ³⁵⁷ sowie Rouillet ³⁵⁸ sind - jedoch vielfach ohne Begründung und mit pauschalen Feststellungen - der Auffassung, Stimmrechtsaktien seien Vorzugsaktien, wogegen Siegwart ³⁵⁹, von Greyerz ³⁶⁰ und Jäggi ³⁶¹ sowie offenbar auch Forstmoser/Meier-Hayoz ³⁶² dafür halten, diese Aktien stellten keine Vorzugsaktien dar. Dieser letzteren Ansicht ist **beizupflichten**: Selbst wenn Stimm-

350 Vgl. Spiess a.a.O.; vgl. auch Siegwart Art. 652 N 4, Funk Art. 652 N 1, Ott 154f, 158f und insbesondere Zindel 141 FN 199.

351 Vgl. dazu hinten RZ 226ff.

352 Vgl. RZ 264ff.

353 Art. 654 N 1.

354 57, 58.

355 Art. 654 N 2.

356 99, 108; a.M. aber offenbar 110.

357 67.

358 SAG 17, 140.

359 Art. 654-656 N 12.

360 Aktiengesellschaft 78.

361 A.a.O. 80 und 94.

362 § 37 N 4ff.

rechtsaktien zweifellos mit ihren gegenüber den gewöhnlichen Stammaktien privilegierten Stimmrechten im sinngemässen und wörtlichen Sinne bevorzugte, also "Vorzugs"-Aktien und somit **dogmatisch** als Prioritätsaktien zu qualifizieren sind ³⁶³, so ergibt sich doch aus einer **systematischen Betrachtung des Gesetzes** ³⁶⁴, dass der Gesetzgeber die Stimmrechts- und die Vorzugsaktien **voneinander getrennt geregelt hat** und sie somit **gesetzzestech-nisch nicht gleichstellen wollte**. So sind die "Einführung" von Stimmrechtsaktien und die "Ausgabe" von Vorzugsaktien (sowie die "Schaffung" von Genussscheinen) unterschiedlich in **eigenen Normen umschrieben** ³⁶⁵. Wären Stimmrechtsaktien und Vorzugsaktien gleichzustellen, so hätte es der Gesetzgeber bei einer **einheitlichen Regelung** in einer Norm bewenden lassen. Sodann geht auch aus der Betrachtung der in OR 656 II aufgezählten **Vorrechte der Vorzugsaktien** hervor, dass unter solchen (gesetzzestech-nisch) ausschliesslich die **vermögensrechtlich** privilegierten Aktien zu subsumieren sind ³⁶⁶. Auch wenn diese Aufzählung nicht abschliessend ist ³⁶⁷, so ist doch festzuhalten, dass der Gesetzgeber die Bevorzugung im Stimmrecht - als für die Geschicke des Unternehmens bedeutsamste und folgenreichste Privilegierung - mit Sicherheit in OR 656 II festgehalten hätte, wären auch die Stimmrechtsaktien als Vorzugsaktien im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren ³⁶⁸.

181 So sinnvoll und differenziert die Ansicht von Siegwart, Zimmermann, Jäggi und Geilinger auch erscheint, welche unter dem Gesichtswinkel des Schutzes der Stimmrechtsaktionäre wenigstens für **Beschlüsse über die Aufhebung oder Beeinträchtigung von deren Stimmrechtsbegünstigung zum Schutze der Betroffenen das Quorum von OR 655 i.V.m. 654 angewendet haben wollen**, ³⁶⁹ so ist eine solche analoge Anwendung der Normen für Vorzugsaktionäre m.E. vom Gesetzgeber eben durch die **Aufstellung von Sondernormen** ³⁷⁰ für die stimmprivilegierten Aktien gerade

363 So auch Jäggi a.a.O. 94; Geilinger 108 mit Hinweisen auf Gerber, Biber, Capitaine und die Botschaft.

364 Vgl. zu diesem Interpretationselement hinten RZ 138ff.

365 Vgl. OR 648 I, 654/55 und 657 V, 658 sowie OR 627 Ziff. 9 und 10.

366 So auch Jäggi a.a.O. 94 und ohne Begründung Meier-Hayoz/Forstmoser a.a.O.

367 Funk Art. 647 N 2; Geilinger 99; Zimmermann 58.

368 Vgl. auch Botschaft 1928, 233 und 234, wo auch nur vermögensmässige Privilegierungen erwähnt werden.

369 Siegwart a.a.O.; Zimmermann 81ff; Geilinger 99f; Jäggi 94 Anm. 1. Vgl. auch NZZ Nr. 145 (26.Juni 1987), wo diese Ansicht auch vertreten wird (35).

370 Vgl. vorne RZ 180.

ausgeschlossen worden. Eine Gesetzes**lücke** betreffend die Beeinträchtigung und Aufhebung von Stimmrechtsbegünstigungen liegt m.E. **nicht vor**: Werden die Stimmrechtsaktionäre durch Einführung einer weiteren, noch privilegierteren Stimmrechtsaktienkategorie (d.h. einer solchen mit kleinerem Nennwert), sei es durch Umwandlung eines Teils der bisherigen Aktien ³⁷¹, sei es durch eine Kapitalerhöhung ³⁷², beeinträchtigt, so sind sie schon durch OR 648 I genügend geschützt, da dieser Sachverhalt unter den Anwendungsbereich dieser Norm zu subsumieren ist. Diese enthält ein gegenüber dem dispositiven Quorum von OR 655 erschwertes Quorum ³⁷³. Vor einer proportionalen Erhöhung sind die Aktionäre sodann nach beiden Schutznormen nicht geschützt ³⁷⁴. Auch wenn der Schutz nach OR 648 I - weil zwingend und als Präsenz-/Stimmenquorum ausgestaltet - **stärker** ist als derjenige nach OR 654 II und III (Sonderzustimmung), ist festzuhalten, dass er **keine Sonderzustimmung** der betroffenen Stimmrechtsaktionäre verlangt, dass diese also - wenn sie nicht an der entsprechenden GV erscheinen und das Präsenzquorum dennoch erreicht wird - majorisiert werden; unter diesem Gesichtspunkt ist der **Schutz der Vorzugsaktionäre stärker**. Sollen die Stimmprivilegien schliesslich aufgehoben werden, so ist unter dem Vorbehalt wohlervorbener Rechte das normale, für Statutenänderungen anzuwendende Generalversammlungsquorum anzuwenden, weshalb die Stimmrechtsaktionäre gegenüber den Vorzugsaktionären insofern wohl u.U. benachteiligt sind. Immerhin können sie bei diesem Beschluss mit ihrer **bevorzugten Stimmkraft voll** mitstimmen. Die Aufzählung in OR 693 II ist abschliessend ³⁷⁵. Die Aufhebung der Stimmrechtsaktien durch Heraufsetzung des Nennwerts der im Stimmrecht privilegierten Aktien bis zur Höhe des Nennwerts der Stammaktien schliesslich bedarf ohnehin der Zustimmung von sämtlichen Betroffenen ^{376 377}.

182 Bei der Einführung bzw. Schaffung von Stimmrechtsaktien ist somit das Quorum von OR 655 i.V.m. der Regelung von 654 **nicht kumulativ** anzuwenden, sondern ausser acht zu lassen.

371 Vgl. dazu hinten RZ 190ff.

372 Vgl. dazu hinten RZ 208ff.

373 Vgl. vorne RZ 107ff.

374 Vgl. vorne RZ 159 und hinten RZ 220f.

375 Vgl. Zimmermann 80f.

376 Forstmoser a.a.O. § 15 N 94; Siegwart Art. 623 N 7.

377 Die weitere Frage, ob den Stimmrechtsaktionären die Gruppenvorteile von OR 708 IV zukommen, gehört nicht zum Thema dieser Arbeit und wird hier nicht weiter überprüft. Es sei insgesamt auf Zimmermann verwiesen.

183 Als Folge ist daher festzuhalten, dass die drei vorne erwähnten Schutznormen bzw. -prinzipien **kumulativ zu überprüfen** und zu beachten sind. **Keine geht in der anderen auf in dem Sinne, als deren Einhaltung von der Beachtung der anderen entbinden würde.** Sie sind also nicht alternativ anzuwenden, ansonsten der Gesetzgeber entsprechende Vorschriften in einer Norm mittels eines Sachverhaltes und einer Rechtsfolge zusammengefasst hätte.

ff) Ergebnis

184 Als Ergebnis der Auslegung von OR 648 I ist somit festzuhalten, dass das durch diese Norm verlangte qualifizierte Quorum dann (und nur dann) einzuhalten ist, wenn durch die **Schaffung von Stimmrechtsaktien die bisherigen Aktien oder einzelne von ihnen überproportional an Stimmkraft verlieren.** Dies ist z.B. dann **nicht** der Fall, wenn sämtliche bisherigen Aktionäre im Zug einer Kapitalerhöhung **gleichermassen zu Stimmrechtsaktien** werden und damit **Vorteile** erhalten oder wenn Stimmrechtsaktien im Zuge einer **Gratiskapitalerhöhung** geschaffen werden und den bisherigen Aktionären **proportional zu ihrem Aktienbesitz unentgeltlich zu Verfügung** gestellt werden. Damit sind die bisherigen Aktionäre nicht benachteiligt, sondern allenfalls bevorzugt³⁷⁸. Sodann ist das Quorum auch dann nicht einzuhalten, wenn kein **Kausalzusammenhang** zwischen der Schaffung von Stimmrechtsaktien und der Schädigung bisheriger Aktionäre besteht³⁷⁹. Dagegen ist OR 648 I etwa einzuhalten, wenn neue Aktien als Stimmrechtsaktien geschaffen und **Dritten zur Verfügung gestellt** werden, aber auch dann, wenn neu geschaffene Stimmrechtsaktien zwar den **bisherigen Aktionären zur Verfügung** gestellt werden, aber **nur gegen Entgelt**.

185 In der Folge wird dieses Ergebnis **konkretisiert** und auf **verschiedene Fallgruppen** angewandt:

378 Vgl. RZ 214.

379 Vgl. dazu vorne RZ 172 und hinten RZ 228.

gg) Anwendung des Ergebnisses auf verschiedene Fallgruppen:

186 Im folgenden wird der **Anwendungsbereich von OR 648 I** hinsichtlich der Schaffung von Stimmrechtsaktien anhand von verschiedenen Fallgruppen verdeutlicht. Dabei wird zum Teil Bezug genommen auf einige "Anwendungsfälle", welche sich in jüngster Zeit in der Praxis ereignet haben.

aaa) Schaffung von Stimmrechtsaktien ohne Erhöhung des Aktienkapitals

aaaa) Allgemeines

187 Hier handelt es sich strenggenommen nicht um einen Schutz sämtlicher bisherigen Aktionäre, da keine neuen hinzutreten, sondern um den **Schutz lediglich eines Teils der bisherigen Aktionäre**. Diese können u.U. dadurch, dass bisherige Stammaktien in Stimmrechtsaktien umgewandelt werden - durch Einführung des Stückstimmrechts und/oder einen Aktien-split - benachteiligt werden, wenn sie an dieser Umwandlung **nicht** oder nur **unterproportional partizipieren können**.

188 Mit der Beeinträchtigung der Rechtsstellung nur eines Teils der bisherigen Aktionäre geht dabei stets auch eine **Nichtbeachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes** einher. Wie vorn RZ 173ff gezeigt wurde, sind jedoch die Fragen einer allfälligen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Erfordernisses des qualifizierten Quorums nach OR 648 I gesondert zu prüfen, wobei hier nur die zweite zu diskutieren ist.

189 Der Hauptanwendungsbereich der obigen Norm liegt aber - wie bereits erwähnt - bei der **überproportionalen Benachteiligung der bisherigen Aktionäre durch die Neuausgabe von Stimmrechtsaktien anlässlich einer Kapitalerhöhung**.

bbbb) Schaffung von Stimmrechtsaktien durch Einführung des Stückstimmprinzips (Statutenänderung)

190 Falls eine Gesellschaft Aktien mit **verschiedenen Nennwerten** hat, so entstehen bei einer **Statutenänderung**, welche das sog. "Stückstimmrecht" ³⁸⁰ einführt, **immer Stimmrechtsaktien**.

191 Im Sinne eines **Exkurses** sei hier daran erinnert, dass Stimmrechtsaktien gemäss OR 693 II nur als (voll liberierte) **Namenaktien** ausgegeben werden können. Es handelt sich bei dieser Norm um **zwingendes Recht**, welches nicht wegbedungen werden kann ³⁸¹. Der Wortlaut von OR 693 II enthält sodann die Formulierung "... nur als Namenaktien ausgegeben werden ...". Nach einer **engen Auslegung** wären Namenaktien nur dann erforderlich, wenn neu auszugebende Aktien als Stimmrechtsaktien konzipiert sind. In diesem Falle käme OR 693 II auf die bereits bestehenden Inhaberaktien, welche neu zu Stimmrechtsaktien werden, nicht zur Anwendung. Die Bestimmung kann aber auch **weit ausgelegt** werden in dem Sinne, dass als "Ausgabe" jede Schaffung von Stimmrechtsaktien verstanden wird, also auch die Ausgestaltung bereits bestehender Aktien als Stimmrechtsaktien. Wird diese Auslegung zugrunde gelegt, dann müssten die bisherigen Stimmrechtsaktien anlässlich der Statutenänderung in Namenaktien umgewandelt werden. Die **weite Auslegung** der Bestimmung erscheint hier als **richtig**: Die ratio dieser Norm besteht darin, eine Kontrolle darüber zu ermöglichen, wer Stimmrechtsaktionär ist ³⁸². Damit die durch Stimmrechtsaktien gewährten Vorteile nicht missbraucht werden ³⁸³, sollen diese bevorzugten Aktionäre aus der Anonymität herausgehoben und dadurch einer gewissen Kontrolle unterworfen werden. Diese ratio aber spricht für eine Anwendung der Norm auch dann, wenn bereits bestehende Aktien zu Stimmrechtsaktien werden: Die **Gefahr des Missbrauchs** stellt sich **unabhängig davon, ob Stimmrechtsaktien erst nachträglich zu solchen werden, oder ob sie von allem Anfang an als solche privilegierte Aktien konzipiert sind**. Gemäss dem Zweck von OR 693 II, die nicht privilegierten Aktien zu schützen, ist daher die Bestimmung auch bei der Umwandlung bestehender Aktien in Stimmrechtsaktien anzuwenden. Sind also diejenigen Aktien, welche durch

380 Vgl. OR 693 I.

381 Vgl. Bürgi Art. 693 N 29 und 31.

382 Bürgi a.a.O. N 32 m.w.H.; SAG 11 (1938/9) 30f.

383 Funk Art. 693 N 2.

die Statutenänderung zu Stimmrechtsaktien werden, **Inhaberaktien**, so müssen sie vorher oder gleichzeitig in **Namenaktien** umgewandelt werden.

192 Zur **Zulässigkeit** der Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien ist als weiterer Exkurs festzuhalten:

193 Es war lange **umstritten**, ob sich der Aktionär die Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien gefallen lassen muss, wenn nicht bereits die Urstatuten eine Umwandlung erlauben³⁸⁴. Zum Teil wurde die Zulässigkeit verneint und dem Aktionär ein absolut wohlerworbenes Recht auf die Aktienart gestützt auf den Wortlaut von OR 622 III ("später"), auf OR 627 Ziff. 7 und OR 970 zugestanden³⁸⁵.

194 Inzwischen hat sich jedoch die **Ablehnung eines absolut wohlerworbenen Rechts des Aktionärs auf die Beibehaltung der Aktienart** in Literatur und Judikatur durchgesetzt³⁸⁶. Es wird angenommen, es handle sich dabei um ein lediglich **relativ** wohlerworbenes Recht.³⁸⁷

195 Die bisherigen Inhaberaktionäre müssen sich daher grundsätzlich eine **Umwandlung ihrer Aktien in (gewöhnliche) Namenaktien gefallen lassen**³⁸⁸.

196 Wird nur **ein Teil der bisherigen Aktien** zu Stimmrechtsaktien, so erleiden diejenigen Aktionäre, welche Aktien mit einem höheren Nennwert besitzen, einen Verlust an Stimmkraft, welcher ihnen ohne ihre qualifizierte Zustimmung nicht zugemutet werden darf. Die an den Aktien mit kleinerem Nennwert Berechtigten erlangen **erhöhte** und damit **überproportionale**

384 Vgl. die Uebersicht bei Schluep, wohlerworbene Rechte 116ff mit ausführlichen Angaben.

385 Vgl. Schluep a.a.O.

386 Vgl. Schluep a.a.O. 119ff und etwa H. Schmid, Die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien und umgekehrt (Diss. Fribourg 1955) 58ff; zur Judikatur vgl. ZR 46 (1947) 367ff = SJZ 44 (1948) 175ff; BJM 1965, 83ff.

387 Vgl. dazu Forstmoser/Meier/Hayoz § 39 N 28; Bürgi, Vorbemerkungen zu Art. 683 - 687 N 12f; Art. 686 N 52; Forstmoser, Aktienrecht § 7 RZ 233; Siegwart, Art. 646 N 35, von Greyerz, Aktiengesellschaft 145f; BJM (1965) 86f; SAG 41, 160f. Unrichtig die Botschaft, welche erwähnt, der Entwurf stelle diesbezüglich gegenüber dem heutigen Recht eine Verschärfung dar (83).

388 Nur unter sehr einschränkenden Voraussetzungen, die hier nicht näher geprüft werden, muss sich der Aktionär allerdings eine Umwandlung seiner Inhaberaktien in vinkulierte Namenaktien gefallen lassen, vgl. dazu ausführlich Schluep, a.a.O. 120ff.

Stimmrechte. Das in OR 648 I verlangte Quorum ist daher einzuhalten ³⁸⁹.

197 Zur **Auslegung von OR 648 I** ist daher in bezug auf diese Fallgruppe zu wiederholen, dass unter die gesetzliche Formulierung nicht nur diejenigen Fälle zu subsumieren sind, bei denen **neue Aktien** geschaffen und als Stimmrechtsaktien ausgegeben werden, sondern **jeder Sachverhalt, bei dem Stimmrechtsaktien geschaffen werden und diese nicht proportional gleichmässig den bisherigen Aktionären unentgeltlich zukommen** ³⁹⁰. Auch wenn **bisherige Aktien zu Stimmrechtsaktien** werden, ist das Quorum u.U. anzuwenden.

198 Diese "weite" Auslegung von OR 648 I wird denn auch - jedoch z.T. ohne Begründung und ohne die nötigen Präzisierungen und Einschränkungen - von der **Literatur** geteilt. So etwa von

- **Siegwart** Art. 648 N 10: "Es kann sich sowohl um eine Kapitalerhöhung handeln, bei der die neu auszugebenden Aktien oder die alten Aktien das erhöhte Stimmrecht geniessen sollen, als auch um eine Aenderung des Stimmrechts bestehender Aktien von verschiedenem Nennwert."
- **Bürgi** Art. 693 N 28, wonach bei der nachträglichen Umwandlung bestehender Aktien in Stimmrechtsaktien wie auch bei der Einführung von Stimmrechtsaktien im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung nach OR 648 I vorzugehen ist.
- Ferner etwa von **Ott** 155 Anm. 1, 157 und **Schucany** Art. 648 N 4 sowie neustens - mit ausführlicher Begründung und unter Hinweis auf Jäggi - von **Bär**, Gutachten 88f.

cccc) **Schaffung von Stimmrechtsaktien durch Aktienspaltung**

199 Auch betreffend die **Spaltung von Aktien** ist danach zu differenzieren, ob im konkreten Fall die ratio von OR 648 I erfüllt ist:

389 Ebenso Weber 63 und Jäggi a.a.O.91f m.w.H.

390 Vgl. vorne RZ 159.

200 Die Quorumsvorschrift muss dann nicht eingehalten werden, wenn der einzelne Aktionär keinen **Verlust an Stimmkraft erleidet**. Dies war etwa der Fall bei der Einführung von Stimmrechtsaktien durch die **Hero AG** im Frühjahr 1985: Sämtliche bisherigen Inhaberaktien à Fr. 600.-- wurden aufgeteilt in je einen Inhabertitel à Fr. 400.-- und zwei Namenaktien à Fr. 100.--³⁹¹. Vor und nach dem Split hatte jeder Aktionär die gleiche Stimmkraft, da sich die Stimmenzahl mit dem gleichen Multiplikator vermehrte. **Kein "alter" Aktionär war in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt**, weshalb die ratio von OR 648 I die Anwendung des Quorums nicht verlangt³⁹².

201 Für die Beschlussfassung über einen **Aktienplit**, bei dem alle bisherigen Aktien nach gleichem Schlüssel in Stimmrechts- und Stammaktien aufgeteilt werden sollen, genügt somit das gewöhnliche - gesetzliche oder statutarische - Beschlussquorum³⁹³. Da sich die **Rechtsstellung der Aktionäre stimmkraftmässig gleich bleibt**, müsste derjenige, der sich gegen die Umwandlung wendet, die Schaffung von zwei Aktiengattungen mit verschieden starker Stimmkraft beanstanden. Dies ist jedoch eine Rüge, die mit dem Minderheitenschutz von OR 648 I nichts zu tun hat, da diese Norm wie bereits erwähnt nur den Schutz persönlicher Rechtsstellungen im Auge hat³⁹⁴.

202 Wird dagegen nur ein **Teil der bisherigen Aktien** - z.B. die Namenaktien beim Vorhandensein von Namen- und Inhaberaktien - gesplittet, so **verlieren** einzelne Aktionäre - z.B. die Inhaberaktionäre - durch die Einführung von Stimmrechtsaktien an **Stimmkraft**, weshalb das Quorum von OR 648 I einzuhalten ist³⁹⁵. So wurden z.B. bei der **Merkur AG** an der GV vom 22. Oktober 1985 die bisherigen Namenaktien à Fr. 250.- in je zwei Aktien von einem Nennwert von Fr. 125.- gespalten³⁹⁶. Durch die Spaltung

391 Vgl. die Einladung vom 4. März 1985 zur GV der Hero vom 24. April 1985 und den dazugehörigen Prospekt vom 25. April 1985.

392 Ebenso: Jäggi a.a.O. und Bär a.a.O. 90.

393 Jäggi 91f.

394 Jäggi a.a.O. m.w.H.

395 Ein Beispiel dafür ist die geplante Kapitalvereinfachung der **Bank Leu AG**, bei welcher die bisherigen Namenaktien mit Nennwert von Fr. 500.- in je 5 neue Namenaktien mit Nennwert von Fr. 100.- hätten gespalten werden sollen. Es bestanden daneben aber noch Inhaberaktien mit Nennwert von Fr. 500.-, welche - da das Stückstimmrecht eingeführt war - entsprechend an Stimmkraft verloren hätten. Deshalb war das Quorum von OR 648 I einzuhalten, vgl. dazu NZZ Nr. 60 vom 13. März 1987, 21 und schon vorne RZ 119.

396 Vgl. NZZ Nr. 246 vom 23. Oktober 1985, 18.

der Namenaktien erhielt jeder bisherige Namenaktionär zwei Stimmrechtsaktien und war somit gegenüber den bisherigen Inhaberaktionären im Stimmrecht privilegiert worden. Diese hatten entsprechend an Stimmkraft verloren, weshalb das Quorum von OR 648 I einzuhalten war.

203 Eine Ausnahme vom Erfordernis der Anwendung des Quorums von OR 648 I lässt sich allenfalls dann rechtfertigen, wenn die ungleichmässige Behandlung auf der Basis der **Freiwilligkeit** erfolgt³⁹⁷. So konnten die Inhaberaktionäre der **Aaral H.E.C. Beteiligungs AG** am 29. Januar 1986 ihre Aktien mit einem Nennwert von Fr. 400.- in je vier (allerdings vinkulierte) Namenaktien zu einem Nennwert von Fr. 100.- umtauschen³⁹⁸.

dddd) Schaffung von Stimmrechtsaktien durch Zusammenlegung von Aktien

204 Falls eine Gesellschaft in ihren Statuten das Stückstimmrecht verankert hat, können Stimmrechtsaktien auch durch eine **Zusammenlegung bisheriger Aktien** geschaffen werden.

205 Stimmrechtsaktien werden aber bei der Zusammenlegung von Aktien nur dann geschaffen, wenn nicht sämtliche, sondern lediglich ein **Teil der bisherigen Aktien** zusammengelegt wird (z.B. die Inhaberaktien). Da der Aktionär gemäss OR 623 II ein **wohlerworbenes Recht darauf hat, dass seine Aktien nicht ohne seine Zustimmung zusammengelegt werden**³⁹⁹, kommt eine Zusammenlegung von Aktien **ohne die Zustimmung** der betroffenen Aktionäre ohnehin, d.h. auch unter **Einhaltung des Quorums von OR 648 I nicht zustande** bzw. sind die entsprechenden GV-Beschlüsse **negativ**⁴⁰⁰. Dadurch sind die **betroffenen Aktionäre**, deren Aktien im Falle der Zusammenlegung auch im Stimmrecht benachteiligt werden, **genügend geschützt**⁴⁰¹. Sie haben in diesem Fall nämlich einen **stärkeren Schutz als denjenigen von OR 648 I**⁴⁰²: Ihre Zustimmung erfasst

397 Zum analogen Problem bei der **Aktienzusammenlegung** vgl. nachfolgend RZ 204ff.

398 Vgl. NZZ Nr. 11 vom 15. Januar 1986, 28. Die nicht umtauschwilligen Aktionäre nahmen die Verschlechterung ihres Stimmrechts freiwillig in Kauf, weshalb das Quorum von OR 648 I nicht einzuhalten war, weil jeder Betroffene zustimmte.

399 Vgl. vorne RZ 105.

400 Vgl. vorne § 1 RZ 84ff.

401 Vgl. vorne RZ 38ff.

402 OR 623 II tritt als **lex specialis** vor das Quorum von OR 648 I.

nämlich im Falle der Zusammenlegung lediglich eines Teils sämtlicher Aktien ⁴⁰³ nach Treu und Glauben nicht nur die Zusammenlegung an sich, sondern selbstverständlich auch die damit verbundenen **Konsequenzen** wie etwa bei entsprechender statutarischer Grundlage eine gewisse Benachteiligung des auf diese Aktien mit höherem Nennwert entfallenden Stimmrechts, aber auch die damit verbundenen Vorteile, so z.B. die bessere Handelbarkeit ihrer Aktien ⁴⁰⁴. Die übrigen Aktionäre werden durch diese Transaktion nicht benachteiligt, sondern privilegiert. Die schutzbedürftigen zusammenlegungswilligen Aktionäre haben schon zugestimmt. Für eine **zusätzliche** Anwendung von OR 648 I bleibt somit **kein Raum**. Wurde eine Sonderabstimmung durchgeführt, so kann auf einen entsprechenden GV-Beschluss sogar verzichtet werden ⁴⁰⁵.

206 Es ist daher festzuhalten, dass Aktienzusammenlegungsbeschlüsse, welche Stimmrechtsaktien schaffen, nicht mit dem Quorum von OR 648 I, sondern mit dem gewöhnlichen GV-Beschlussquorum für Statutenänderungen ⁴⁰⁶ zu fassen sind, sofern feststeht, dass die **betroffenen Aktionäre zugestimmt haben**. Allenfalls ist eine **Sonderabstimmung** der betroffenen Mitglieder der Gesellschaft notwendig, für welche wiederum das **absolute Einstimmigkeitsquorum** gilt ⁴⁰⁷. Die Zustimmungen können aber auch auf dem Wege von **Einzelvereinbarungen** ⁴⁰⁸ zwischen der Gesellschaft und den Aktionären eingeholt werden.

eeee) Zusammenfassung

207 Es ist zusammenzufassen, dass stets dann (und nur dann) wenn bestehende Aktien **nicht gleichmässig** in Stimmrechtsaktien umgewandelt bzw. gesplittet werden, die nicht oder unterproportional an den Stimmrechtsaktien partizipierenden Aktionäre des Schutzes von OR 648 I bedürfen, weil sie an **Stimmkraft verlieren**. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ergibt sich bei der Zusammenlegung von Aktien, weil hier der betroffene Aktionär schon durch eine **andere Schutzbestimmung des Gesetzes** genügend ge-

403 Vgl. dagegen zur Zusammenlegung sämtlicher Aktien hinten RZ 50ff.

404 Ebenso: Homburger, Notizen 146.

405 Die Statutenänderung ist allerdings durchzuführen.

406 Vgl. dazu hinten RZ 334ff.

407 Zum Bezugsrecht und zum Gleichbehandlungsgrundsatz vgl. vorne RZ 162ff.

408 Vgl. vorne RZ 35 und 63 und 87ff.

schützt ist, weshalb sich hier - so oder so - eine Anwendung des Quorums von OR 648 I erübrigt.

bbb) Erstmalige Schaffung von Stimmrechtsaktien im Zuge einer Kapitalerhöhung

208 In diesem Abschnitt wird davon ausgegangen, dass stimmenmässig bisher nur **eine Kategorie von Aktien** bestand, dass also im Zuge einer Kapitalerhöhung **erstmalig** Aktien mit privilegierten Stimmrechten geschaffen werden.

209 Zu differenzieren ist einmal danach, ob die Kapitalerhöhung mit **Zufluss neuer Mittel** oder **ohne einen solchen** erfolgt.

aaaa) Bei einer Kapitalerhöhung ohne Zufluss neuer Mittel, d.h. bei Eigenfinanzierung aus Gesellschaftsmitteln

210 Werden bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln Stimmrechtsaktien geschaffen, so ist für die Anwendung von OR 648 I entscheidend, ob die **bisherigen** oder die **neu auszugebenden Aktien** zu Stimmrechtsaktien werden:

211 Werden **sämtliche bisherigen Aktien** zu Stimmrechtsaktien, erfolgt die Ausgabe der neuen Aktien also als Stammaktien, so besteht kein Grund für die Anwendung des qualifizierten Quorums von OR 648 I ⁴⁰⁹. Der bisherige Aktionär verliert **unterproportional** an Stimmkraft.

212 Werden dagegen die **neu auszugebenden Aktien** oder auch nur **einzelne davon** zu Stimmrechtsaktien, so ist das Quorum einzuhalten, weil der bisherige Stammaktionär einen überproportionalen Verlust an Stimmkraft erleidet ⁴¹⁰.

409 Vgl. vorne RZ 149f, 155, 159, 226ff.

410 Vgl. vorne RZ 149f, 159.

213 Einzuhalten ist das Quorum auch dann, wenn **nicht sämtliche, sondern nur einzelne** der **bisherigen** Aktien zu Stimmrechtsaktien werden ⁴¹¹.

214 Eine Ausnahme ist anzubringen betreffend den Fall der "**Gratiskapitalerhöhung**", wo die neu zu schaffenden Aktien sämtlichen bisherigen Aktionären nach dem Verhältnis ihres Aktienbesitzes **unentgeltlich zugewiesen** werden, weil sich das proportionale Stimmrecht der Aktionäre gleich bleibt. In diesem Fall - aber auch nur in diesem Fall - spielt es **keine Rolle**, ob die **bisherigen** oder die **neuen Aktien** zu Stimmrechtsaktien werden.

bbbb) Bei einer Kapitalerhöhung mit Zufluss neuer Mittel, d.h. bei Fremdfinanzierung

215 Wiederum ist nach den **bisher** und nach den **neu auszugebenden Aktien** zu unterscheiden sowie nach der Gleichbehandlung im Falle, wo die bisherigen Aktien zu Stimmrechtsaktien werden, es kann diesbezüglich voll auf das vorne in RZ 211-214 Gesagte verwiesen werden.

216 Indessen gilt hier die vorne in RZ 214 erwähnte Ausnahme nicht: **Selbst wenn die bisherigen Aktionäre Zugriff auf die neuen Stimmrechtsaktien** haben, so müssen sie doch im Verhältnis zu einer gewöhnlichen, proportionalen Kapitalerhöhung zur Erhaltung ihres relativen Stimmanteils **überproportional viel neue Mittel** investieren, was ihnen ohne ihre qualifizierte Zustimmung nicht zugemutet werden darf, weshalb OR 648 I hier anzuwenden ist ⁴¹².

217 Die **Zellweger Uster AG** beschloss am 14. Juni 1985 ⁴¹³, die bisherigen Namenaktien mit einem Nennwert von Fr. 100.- durch die Ausgabe von Inhaberaktien à Fr. 500.- Nennwert in Stimmrechtsaktien umzuwandeln. **sämtliche bisherigen** Namenaktionäre wurden **privilegiert**, weshalb das Quorum von OR 648 I nicht einzuhalten war ⁴¹⁴.

411 Vgl. vorne RZ 157 und 159 sowie von Escher 89.

412 Vgl. vorne RZ 167ff.

413 Vgl. den Prospekt vom 17. Juni 1985.

414 Vgl. vorne RZ 155 und 184.

217a Ein weiteres Beispiel ist die Kapitalerhöhung der **Holderbank AG** vom 28. Juni 1985: Durch die Ausgabe neuer Inhaberaktien à Fr. 500.- Nennwert wurden die bisherigen Namen- und Inhaberaktien mit Nennwert von Fr. 100.- zu Stimmrechtsaktien (die letzteren waren - sofern die Inhaberaktionäre diese nicht freiwillig zusammenlegten - nachher in Namenaktien umzuwandeln [vgl. OR 693 II und vorne RZ 191ff]). **Es wurden aber gleichzeitig noch weitere Stimmrechtsaktien ausgegeben** womit die bisherigen Stimmrechtsaktionäre im Stimmrecht privilegiert wurden, weshalb das Quorum von OR 648 I einzuhalten war ⁴¹⁵.

ccc) **Schaffung zusätzlicher Stimmrechtsaktien im Zuge einer Kapitalerhöhung**

aaaa) **Allgemeines**

218 Auch diese - etwas komplexeren - Fälle sind nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen:

219 Erleiden die bisherigen Aktionäre oder ein Teil von ihnen im Zuge der Kapitalerhöhung einen **überproportionalen Verlust** an Stimmkraft, dann ist OR 648 I einzuhalten. Ist der Verlust lediglich **proportional zum Verlust an Kapitalbeteiligung** oder ist er sogar **unterproportional**, bedarf es der Einhaltung des Quorums von OR 648 I **nicht**. Daraus ergibt sich folgendes ⁴¹⁶:

bbbb) **Bei einer Kapitalerhöhung mit Zufluss neuer Mittel**

220 Werden beide Aktienkategorien **proportional** erhöht und **gleichmässig verteilt**, d.h. wenn jeder Aktienkategorie proportional gleich viele Aktien mit der der Kategorie zukommenden Stimmkraft zugewiesen werden, so dass sich die Stimmverhältnisse zwischen ihnen nicht verschieben, so erleiden die bisherigen Aktionäre durch die Kapitalerhöhung keine überpro-

⁴¹⁵ Vgl. Prospekt vom 1. Juli 1985 und nachfolgend RZ 218ff.

⁴¹⁶ Bei den folgenden Beispielen unter bbbb) und cccc) wird davon ausgegangen, dass lediglich **eine** Kategorie von Stammaktien und **eine** Kategorie von Stimmrechtsaktien besteht und dass die **neu auszugebenden Aktien Stimmrechtsaktien mit gleichen Privilegien** wie die bisherigen sind. Die Regeln lassen sich aber gleichermassen auf andere - komplexere - Sachverhalten anwenden.

portionale, sondern eine **proportionale Verwässerung** ihrer Rechte, welche sie - weil sie kein wohlerworbenes Recht auf Beibehaltung des Grundkapitals in seiner bisherigen Höhe haben ⁴¹⁷ - mit gewöhnlichem **Mehrheitsbeschluss** auf sich nehmen müssen und nur mit **proportionalem Einsatz finanzieller Mittel** wieder ausgleichen können. OR 648 I ist in diesem Fall nicht einzuhalten ⁴¹⁸.

221 Werden dagegen bei einer proportionalen Erhöhung beider Aktienkategorien **allen Kategorien** im Verhältnis zum Nennwert ihres bisherigen Aktienbesitzes **neue privilegierte und nicht privilegierte Aktien** zugewiesen, erhalten also sämtliche Aktionäre ein Bezugsrecht auf einen Teil **sämtlicher neu ausgegebener Aktien**, so erleiden die bisherigen Aktionäre jeder Kategorie einen Verlust dadurch, dass die **neuen Aktien nicht ausschliesslich ihrer Kategorie zugewiesen werden** und sie den Verwässerungsverlust also **nicht voll ausgleichen** können ⁴¹⁹. Es handelt sich aber nicht um eine Schädigung **infolge der Einführung von Stimmrechtsaktien** sondern um eine solche wegen **dem teilweisen Entzug des Bezugsrechts** bzw. **der nicht proportionalen Verteilung der neuen Aktien** ⁴²⁰.

222 Auch wenn das Bezugsrecht bei einer proportionalen Erhöhung **beider Aktienkategorien gänzlich entzogen** wird, stellt dies **keinen Anwendungsfall von OR 648 I dar**. Beide Kategorien erleiden **proportionale Verluste**, welche sie - da sie kein wohlerworbenes Recht auf Beibehaltung des Grundkapitals in seiner bisherigen Höhe haben - **dulden müssen** und - wenn der Entzug des Bezugsrechts sachlich gerechtfertigt war ⁴²¹ -, nicht ausgleichen können.

223 Wird das Bezugsrecht **einer Kategorie nicht gewährt** in bezug auf die neuen Aktien ihrer Kategorie, der anderen Kategorie dagegen **gänzlich entzogen**, so stellt auch dies - da keine Kategorie überproportional geschädigt ist - **keinen Anwendungsfall von OR 648 I dar** ⁴²²: Keine Aktienkategorie erleidet überproportionalen Verlust.

417 Vgl. vorne RZ 148.

418 Vgl. dazu die Kapitalerhöhung der **Bär Holding AG** vom 18. Juni 1987 (Prospekt publiziert in NZZ Nr. 141 (22.Juni 1987), 12.

419 Vgl. vorne a.a.O.

420 Vgl. dazu vorne RZ 167ff.

421 Vgl. vorne RZ 163ff.

422 Zu ungleichmässiger Verteilung der neuen Aktien vgl. oben RZ 221.

224 Eine **überproportionale** oder **ausschliessliche** Erhöhung der bestehenden Kategorie der **Stimmrechtsaktien** darf dagegen **nur unter Wahrung des Quorums von OR 648 I beschlossen werden**, weil dadurch die relative Stimmkraft der Stammaktionäre **überproportional** geschwächt wird. Eine solche Kapitalerhöhung bewirkt immer auch eine **Verschiebung der Machtverhältnisse innerhalb der Gesellschaft** ⁴²³. Illustrativ dazu ist die am 29. Mai 1985 beschlossene Kapitalerhöhung der **USEGO-TRIMERCO AG** ⁴²⁴: Zu den bisher vorhandenen 300'000 Namenaktien à je Fr. 100.-- wurden 100'000 neue und zu den vorbestehenden 125'000 Inhaberaktien à Fr. 200.-- wurden 25'000 neue ausgegeben. Statutarisch war das Stückstimmrecht eingeführt worden. Das Stimmrechtsaktienkapital wurde überproportional erhöht. Die Erhöhung erfolgte im Verhältnis 4:1. Damit wurde auch das Verhältnis zwischen Namen- und Inhaberaktien durch die Kapitalerhöhung leicht verschoben: Es betrug bisher 2,4:1 und neu 2,67:1. Nach der Kapitalerhöhung war das Verhältnis Stimmrechtsaktien - Stammaktien also um 0,27% zugunsten der ersteren verschoben worden, weshalb die Namenaktionäre nach der Kapitalerhöhung über eine überproportional erhöhte Stimmkraft (0,27% mehr) verfügten. Auch im Verhältnis der Gesamtstimmenzahl hatte die Stimmkraft der Stimmrechtsaktien um insgesamt 2,14% an Einfluss gewonnen, das Stammaktienkapital entsprechend verloren. Die relative Stimmkraft der Stammaktionäre wurde also überproportional geschwächt, weshalb das Quorum von OR 648 I hätte eingehalten werden müssen, was aber nicht der Fall war, da die erforderliche Anzahl Aktien bzw. Anteil am Grundkapital gar nicht anwesend war ^{425 426}.

423 Zum hier anwendbaren Gleichbehandlungsgrundsatz vgl. vorne RZ 173ff.

424 Diese Kapitalerhöhung wurde in der Folge von einem Schutzkomitee unabhängiger Aktionäre unter verschiedenen Gesichtspunkten u.a. wegen Verletzung der Quorumsvorschrift von OR 648 I gerichtlich angefochten. Vgl. dazu statt vieler die Uebersicht in der SHZ Nr. 49 vom 5. Dezember 1985, 21 und NZZ Nr. 162 vom 16. Juli 1986, 15.

425 Vgl. Tages Anzeiger vom 19. Oktober a.a.O. An der Generalversammlung vom 26. Mai 1986, also ein Jahr später wurde denn auch beschlossen, diese Kapitalerhöhung wieder rückgängig zu machen und so der Zustand von 1984 wiederhergestellt, vgl. NZZ Nr. 119 vom 27. Mai 1986, 17. Da das Quorum von OR 648 I nicht eingehalten wurde, war nach der hier vertretenen Ansicht der Beschlussinhalt ohnehin negativ, weshalb die Kapitalerhöhung gar nicht zustandekam, vgl. dazu vorne. Da sie noch nicht im Handelsregister eingetragen war (vgl. SHZ a.a.O.), entfaltete sie auch keine Rechtswirkungen gegenüber Dritten (vgl. vorne). Sie ist daher sowohl nach innen wie auch nach aussen nicht entstanden.

426 Vgl. auch die Kapitalerhöhung der **Holderbank AG** besprochen vorne in bei RZ 217.

cccc) Bei einer Kapitalerhöhung ohne Zufluss neuer Mittel

225 Es gelten die gleichen Regeln wie bei der Kapitalerhöhung mit **Zufluss neuer Mittel** ⁴²⁷.

ddd) Ueberproportionale oder ausschliessliche Erhöhung des Inhaberaktienkapitals

226 Wiederum ist die Regelung mit und ohne Zufluss neuer Mittel gleich, weshalb hier auf eine Zweiteilung verzichtet wird.

227 Hat eine Gesellschaft bereits Stimmrechts- und Stammaktien ausgegeben und erhöht sie lediglich das **Stammaktienkapital** oder dasselbe **überproportional**, erweckt dies den Anschein, es würden dadurch die bisherigen Aktionäre nicht benachteiligt, weshalb OR 648 I in diesem Fall nicht anwendbar sei ⁴²⁸.

228 Dadurch können die **bisherigen Stimmrechtsaktionäre** u.U. im Verhältnis zum Grundkapital aber an **Stimmkraft gewinnen**, womit die bisherigen Stammaktionäre entsprechende **Verluste** erleiden. Die bisherigen Stimmrechtsaktien werden somit u.U. noch **weiter privilegiert**, zwar nicht in bezug auf ihre absolute Stimmenanzahl bzw. den absoluten Anteil am Grundkapital, jedoch in bezug auf den **Anteil an Stimmen im Verhältnis zu ihrem relativen Anteil am Grundkapital**. Indessen ist hier - wie schon betreffend den Entzug des Bezugsrechts ⁴²⁹ festzuhalten, dass **diese Stimmprivilegierungen zwar dann mit der Einführung von Stimmrechtsaktien zusammenhängen, wenn bei einer solchen Kapitalerhöhung auch Stimmrechtsaktien ausgegeben werden** (überproportionale Erhöhung des Stammaktienkapitals), jedoch nicht **adäquat kausal** ⁴³⁰. Dasselbe Resultat tritt nämlich in diesem Fall auch dann ein, wenn **ausschliesslich** das Inhaberaktienkapital erhöht wird ⁴³¹. Es fehlt somit der **direkte Bezug der Stimmprivilegierung der bisherigen Stimmrechtsaktionäre** (und die entsprechende Benachteiligung der bisherigen Stammaktio-

427 Vgl. vorne RZ 215ff.

428 Zum Gleichbehandlungsgrundsatz vgl. vorne RZ 173ff..

429 Vgl. dazu vorne RZ 164ff, 172.

430 Vgl. dazu schon vorne RZ 172 und 184 sowie 221.

431 Vgl. die nachfolgenden Beispiele RZ 230ff.

näre) **zur Ausgabe der Stimmrechtsaktien**. Die Privilegierung der Stimmrechtsaktien und die entsprechende Benachteiligung der Stammaktionäre erfolgt also nicht wegen der Ausgabe von Stimmrechtsaktien, sondern **wegen der überproportionalen Erhöhung des Stammaktienkapitals, weshalb die Anwendung von OR 648 I ausgeschlossen ist**⁴³². Wurden schliesslich **überhaupt keine Stimmrechtsaktien** ausgegeben (**ausschliessliche Erhöhung des Stammaktienkapitals**) so ist die Anwendung von OR 648 I schon aufgrund des klaren Wortlautes dieser Norm **ausgeschlossen**, weil hier **überhaupt keine Stimmrechtsaktien** geschaffen werden. Der Wortlaut von OR 648 I, welcher ausdrücklich die Einführung⁴³³ von Stimmrechtsaktien erwähnt, erlaubt es nicht, **sämtliche GV Beschlüsse, welche irgendeine Privilegierung der Stimmrechtsaktionäre zur Folge haben** darunter zu subsumieren. Es ist mit Zindel festzuhalten, dass sich die Inhaber von vermögens- oder stimmrechtsmässig privilegierten Aktien der Ausgabe neuer Stammaktien nicht widersetzen können⁴³⁴. Der Wortlaut hat **Eigengewicht** und kann deshalb **nicht völlig ignoriert werden**⁴³⁵.

229 Illustriert seien die vorstehenden Ausführungen an einigen Beispielen: Zunächst wird ein Fall referiert, den **Hirsch**, in seinem Gutachten (SAG 58 (1986), 90) anführt und welcher den Fall der ausschliesslichen Erhöhung des Inhaberaktienkapitals betrifft und sodann werden zwei Beispiele aus der Presse ausgeführt:

230 Wenn eine Gesellschaft ein Grundkapital von Fr. 500'000.-- hat, welches in 400 Stammaktien à je Fr. 1'000.-- und in 1000 Stimmrechtsaktien à je Fr. 100.-⁴³⁶ aufgeteilt ist und ihr Kapital nun auf Fr. 1'000'000.-- aufstockt, indem sie 500 neue **Stammaktien** à Fr. 1'000.-- ausgibt, so stellt sich folgende Veränderung ein: Zuvor hatten die Stimmrechtsaktionäre rund 72 % der Stimmen und einen Anteil am Grundkapital von 20%. Nach der Kapitalerhöhung verminderte sich deren Anteil am Grundkapital und zwar auf 10%. Ebenso verminderte sich der Anteil an den Stimmen, jedoch nicht

432 Vgl. vorne RZ 150, 158, 172 und 184.

433 Vgl. vorne RZ 122ff.

434 Vgl. Zindel 138f, 141 FN 199.

435 Vgl. auch Ott, zit vorne RZ 144 FN 289 und Jäggi, privilegierte Aktien 97. A.M. Hirsch, welcher die Anwendbarkeit von OR 648 I auch in diesem Fall für selbstverständlich hält, dies aber nicht näher begründet (Gutachten 91). Vgl. auch schon vorne RZ 172.

436 In SAG 58 ist die Zahl 400 erwähnt, jedoch wurde vom Wert. 100.- ausgegangen, was aus den Berechnungen hervorgeht.

auf 10%. Ebenso verminderte sich der Anteil an den Stimmen, jedoch nicht proportional zum Kapitalverlust, d.h. um die Hälfte, sondern unterproportional lediglich auf rund 53%. Indirekt hatte sich somit ihre Stimmprivilegierung erhöht.

231 Dasselbe trifft zu bei der Kapitalerhöhung der **Cellulose Attisholz AG** von 1985, bei welcher **überproportional neue Stammaktien** geschaffen wurden⁴³⁷: Vorher hatte sie ein Grundkapital von Fr. 15 Mio Fr., eingeteilt in 100'000 Stimmrechtsaktien à je Fr. 100.-- und 10'000 Stammaktien à je Fr. 500.--. Sie erhöhte ihr Aktienkapital auf Fr. 36 Mio durch Ausgabe von weiteren 60'000 Stimmrechts- und 30'000 Stammaktien. Vorher war das Verhältnis der Stimmrechts- zu den Stammaktien 10:1, nachher 4:1. Vorher hatten die Stimmrechtsaktionäre 66,66% des Grundkapitals und 90% der Stimmen. Nachher mit 44,44% des Grundkapitals 80% der Stimmen. Berechnet auf einen Grundkapitalanteil von 22,2% ergibt dies **vor der Kapitalerhöhung** einen Stimmanteil von 30,3%, nachher aber einen solchen von 40%.

232 Dies gilt für die Kapitalerhöhung der **Brauerei Feldschlösschen AG** im Jahr 1986: Zuvor hatte sie ein Grundkapital von 21 Mio Fr., eingeteilt in 168'000 Stimmrechtsaktien à Fr. 100.-- und 16'800 Stammaktien mit einem Nennwert von Fr. 250.--. Nach der Kapitalerhöhung hatte sie ein Grundkapital 28,8 Mio Fr., eingeteilt in 192'000 Stimmrechts- und 38'400 Stammaktien⁴³⁸. Es wurden überproportional Stammaktien geschaffen: Vorher war das Verhältnis der Stimmrechtsaktien zu den Stammaktien 10:1, nachher 5:1. Zuvor hatten die Stimmrechtsaktionäre ca. 80% des Grundkapitals (79,85%) und einen Stimmanteil von 90,9%, nachher mit einem Kapitalanteil von 66,66% einen Stimmanteil von 83,3%. Berechnet auf je 10% ihres Grundkapitalanteils ergibt dies vorher einen Stimmanteil von 11,36% und nachher einen solchen von 12,43%

437 Vgl. die Statuten der Cellulose Attisholz AG vom 17. Oktober 1970 und vom 29. März 1985.

438 Vgl. die Statuten der Brauerei Feldschlösschen AG vom 5. Februar 1983 und diejenigen vom 5. Februar 1986.

233 Auch die Kapitalerhöhung der **Brauerei Hurlimann AG** vom 29. September 1986 bewirkte eine Stärkung des Stimmanteils der Stimmrechtsaktionäre: Zuvor hatte die Gesellschaft ein Grundkapital von 15 Mio Fr., eingeteilt in 44'000 Namenaktien à Fr. 250.- Nennwert und 8000 Inhaberaktien à Fr. 500.- Nennwert. Nachher wies sie ein Grundkapital von 20 Mio Fr. auf, eingeteilt in 50'000 Namenaktien à Fr. 250.- und 15'000 Inhaberaktien à Fr. 500.-. Es wurden 6000 neue Namen- und 7000 - und somit **überproportional** - neue Inhaberaktien geschaffen ⁴³⁹. Zuvor hatten die Stimmrechtsaktionäre einen Stimmanteil von 73%, und einen Kapitalanteil von 77%, nachher einen Stimmanteil von 62,5% und einen Kapitalanteil von 84,6%. Berechnet auf einen Kapitalanteil von je 0,5% hatten die Stimmrechtsaktionäre aber an Stimmkraft gewonnen: Zuvor entfiel auf diesen Kapitalanteil ein Stimmanteil von 0,58% im Verhältnis zur gesamten Stimmenzahl, danach ein solcher von 0,62% und somit 0,04% mehr.

hh) Zusammenfassung

234 **Zusammenfassend** können folgende Fälle aufgeführt werden, in welchen auf das **qualifizierte Quorum von OR 648 I bei der Schaffung von Stimmrechtsaktien verzichtet** werden kann. Diese Beschlüsse können mit dem **allgemeinen GV-Stimmenquorum von OR 703** oder einem davon abweichenden statutarischen Quorum (z.B. für Statutenänderungen) gefasst werden:

- aaa) Bei der **gleichmässigen Umwandlung** bisheriger Stammaktien in Stamm- und Stimmrechtsaktien durch **Aktienspaltung** ⁴⁴⁰.
- bbb) Bei der **proportionalen Erhöhung beider Aktienkategorien** ⁴⁴¹.
- ccc) Bei der **Ausgabe** anlässlich einer **Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln** und **gleichmässiger Zuteilung an die bisherigen Aktionäre im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung** ⁴⁴².

439 Vgl. NZZ Nr. 291 vom 13. Dezember 1984, 19 sowie NZZ Nr. 227 vom 1. Oktober 1986, 23 und die Statuten der Brauerei Feldschlösschen 1986.

440 Vgl. vorne RZ 155, 200f.

441 Vgl. vorne RZ 220ff.

442 Vgl. vorne RZ 155, 184, 214.

- ddd) Bei der ausschliesslichen oder überproportionalen Erhöhung des Stammaktienkapitals ⁴⁴³, bzw. allgemein dann, wenn der Kausalzusammenhang zwischen der Einführung von Stimmrechtsaktien und einer allfälligen Schädigung bisheriger Aktionäre fehlt ⁴⁴⁴.
- eee) Bei einer Kapitalerhöhung, bei welcher neue Stammaktien ausgegeben werden und die bisherigen Aktien zu Stimmrechtsaktien werden ⁴⁴⁵.

X. OR 649 I UND II

1. Quorum

a) Umschreibung

235 Das Quorum erfordert - falls die Statuten nichts anderes bestimmen - die Vertretung von mindestens zwei Dritteln sämtlicher Aktien in Generalversammlungen ⁴⁴⁶, welche über die nachfolgend erwähnten Gegenstände abstimmen.

b) Art

236 Es handelt sich um ein dispositives ⁴⁴⁷, erschwertes ⁴⁴⁸ Aktienzahl ⁴⁴⁹ - Präsenzquorum ⁴⁵⁰, welches sich auf sämtliche Aktien ⁴⁵¹ bezieht.

443 Vgl. vorne RZ 211, 226ff.
 444 Vgl. vorne RZ 150, 172, 184.
 445 Vgl. vorne RZ 155, 184.
 446 Vgl. vorne RZ 2ff.
 447 Vgl. vorne § 5 RZ 12.
 448 Vgl. vorne § 3 RZ 8.
 449 Vgl. vorne § 2 RZ 17ff.
 450 Vgl. vorne § 2 RZ 4ff.
 451 Vgl. vorne § 2 RZ 61.

c) **Sinn und Zweck**

237 Vgl. dazu vorne § 3 RZ 8ff, 40ff, 48ff, 74, 77, 79.

d) **Berechnung**

238 Vgl. dazu vorne § 4 RZ 52ff, 75, 83.

e) **Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten**

239 Vgl. dazu vorne § 5 RZ 10, 12, 26ff, 41ff, 45.

2. **Anwendungsbereich**

240 Es lassen sich insgesamt **fünf Anwendungsbereiche** zusammenfassen, welche sich auf die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft beziehen:

a) **Erweiterung und Verengung des Geschäftsbereiches im Rahmen des Gesellschaftszweckes**

241 Zum **Begriff des Gesellschaftszweckes** und zur Abgrenzung von Gesellschaftszweck und Geschäftsbereich vgl. vorne. Der Begriff des **Geschäftsbereiches** ist gleichbedeutend mit dem des "**Gegenstands**" des Unternehmens in OR 626 Ziff. 10⁴⁵². Zum Begriff des Geschäftsbereiches, welcher als das "gegenwärtige **Mittel**, mit dem der Zweck erreicht werden soll", umschrieben werden kann vgl. nebst der vorne in § 9 RZ 70 zitierten Literatur: Schucany Art. 649 N 2; Siegwart, Art. 649 N 1; Funk Art. 649 N 3; Forstmoser, Aktienrecht § 3 N 6f; A. Hess 177f; Geilinger 61ff sowie Gerhard 83ff.

242 **Verwandte Gegenstände**⁴⁵³ sind solche, "die zwar nicht ausdrücklich in den Statuten aufgezählt werden, ihrer Art und Natur nach aber als Mittel zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes dienen können und sich **nicht**

452 Vgl. Forstmoser, Aktienrecht § 3 N 7 und § 7 N 197 m.w.H.

453 Dieser Begriff ist hingegen nicht mit demjenigen von OR 626 Ziff. 2 identisch, vgl. Geilinger 61f.

wesentlich von den ausdrücklich erwähnten Gegenständen **unterscheiden**" ⁴⁵⁴, also solche, die mit dem bisherigen Geschäftsbereich in einem natürlichen Zusammenhang stehen und diesem förderlich sind ⁴⁵⁵ ⁴⁵⁶. Für den Entscheid über die Aufnahme solcher Gegenstände ist die GV zuständig, welche diesen mit dem vorne erwähnten Quorum anzunehmen hat ⁴⁵⁷. Nur solche "Erweiterungen" des Geschäftsbereiches fallen unter den Anwendungsbereich von OR 649 I. Die "Erweiterung" des Geschäftsbereiches durch die Aufnahme **gleicher** Gegenstände ist dagegen eine lediglich **quantitative** Ausdehnung der Summe der bisherigen Geschäftszweige und fällt daher in die Kompetenz der **Verwaltung** ⁴⁵⁸.

243 Auch eine **Verengerung** des Geschäftsbereiches kann mit Wirksamkeit gegenüber den Gläubigern und gegenüber der Verwaltung nur durch eine Statutenänderung erfolgen, über welche die Generalversammlung - falls die Statuten nichts anderes bestimmen - mit der in OR 649 I geforderten Aktienpräsenz zu beschliessen hat ⁴⁵⁹.

b) Fusion

244 Zum **Begriff der Fusion** vgl. Bürgi, Schucany, Funk je zu Art. 748ff N 1ff sowie von Greyerz, Aktiengesellschaft 286ff; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 351ff sowie ausführlich Meier 5ff m.w.H. und etwa R. Faessler, la fusion des sociétés anonymes (Diss. Lausanne 1925); J. Lager, die Fusion der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht (Diss. Erlangen 1931); W. Lehmann, die Fusion von Aktiengesellschaften (Diss. Bern 1933).

⁴⁵⁴ Funk Art. 649 N 3.

⁴⁵⁵ Geilinger 62; vgl. auch Schucany Art. 648 N 2 und Siegwart Art. 649 N 4 sowie BGE 55 II 104.

⁴⁵⁶ Kritisch dazu Siegwart Art. 649 N 2, welcher festhält, dass der Bedingung der Verwandtschaft des neu aufgenommenen Gegenstandes mit dem bisherigen bei einer klaren Trennung von Zweck und Gegenstand keine besondere Bedeutung zukommt: "Es ist dann eben eine genügende Verwandtschaft schon in der Tatsache zu erblicken, dass beide Gegenstände, der bisherige und der neue im Rahmen des Zweckes sich halten. Wäre eine darüber hinausgehende engere Verwandtschaft verlangt, so würde ja jegliche Ordnung für solche Fälle fehlen, in denen zwar der sehr weit gefassten Zweck nicht überschritten wird, also Art. 648 nicht anwendbar ist, aber doch der neue Gegenstand dem bisher in den Statuten genannten ziemlich entfernt liegt" (a.a.O. N 2).

⁴⁵⁷ Vgl. vorne RZ 235ff.

⁴⁵⁸ Schucany a.a.O. N 2; Geilinger 64.

⁴⁵⁹ Zum Begriff der Verengerung vgl. insbesondere Siegwart Art. 648 N 4 und 6; Funk a.a.O. N 4; Schucany a.a.O. N 12; Gerhard 92 und Geilinger 61ff.

245 In OR 649 I und II ist nur die für das Zustandekommen eines (positiven) Fusionsbeschlusses erforderliche Aktienpräsenz geregelt ⁴⁶⁰. Für das Fusionsverfahren gelten sodann eigene Vorschriften ⁴⁶¹. Es wird mit diesem Beschluss daher das "ob" und nicht das "wie" geregelt, und zwar der **aufgenommenen** bzw. aufzulösenden Gesellschaft ⁴⁶² dann, wenn der Geschäftsbereich der aufnehmenden Gesellschaft ein **verwandter** ist ⁴⁶³. Ist ihr Zweck ein anderer, so ist das Quorum von OR 648 I anwendbar ⁴⁶⁴. Falls in den Statuten der aufgenommenen Gesellschaft noch weitergehende statutarische Erschwerungen vorgesehen sind, so sind auch diese zu beachten ⁴⁶⁵. Die Kompetenz der GV ergibt sich schon aus OR 736 II ⁴⁶⁶.

246 Die **aufnehmende** Gesellschaft hat einen OR 648 I oder 649 I und II entsprechenden Beschluss nur zu fassen, wenn die Aufnahme für sie eine Erweiterung ihres Zweckes oder Geschäftsbereiches bedeutet ⁴⁶⁷ ⁴⁶⁸.

c) **Auflösung der Gesellschaft vor dem in den Statuten festgesetzten Termin oder Weiterführung über diesen hinaus**

247 Gemäss OR 627 Ziff. 4 ist eine **Begrenzung der Dauer der Gesellschaft** in die Statuten aufzunehmen. ⁴⁶⁹ Eine solche Bestimmung kann sich auch aufgrund einer **Auslegung** nach den Umständen "stillschweigend", z.B. aus der **Zweckumschreibung** ergeben ⁴⁷⁰. Die Aenderung einer solchen Statutennorm im Sinne einer Verlängerung oder Verkürzung unterliegt den Vorschriften von OR 649 I. Betreffend den Begriff der Auflösung ist auf OR 736 bis 751 zu verweisen. Mit Geilinger ist festzuhalten, dass "alle Beschlüsse, die den Bestand der Aktiengesellschaft dadurch entscheidend treffen, dass sie den nachfolgenden, formellen Auflösungsbeschluss präjudizieren, **materiell** bereits als Auflösungsbeschluss zu behandeln" sind ⁴⁷¹. In

460 Schucany a.a.O. N 3; Geilinger 95.

461 Vgl. dazu OR 748ff und Schucany a.a.O. sowie von Greyerz a.a.O. 288ff.

462 Siegwart Art. 649 N 10; Geilinger 95; unklar Funk a.a.O. N 2.

463 Vgl. dazu vorne RZ 242.

464 Vgl. Siegwart a.a.O.; Meier 13; a.M. Geilinger 96 und vorne RZ 107ff.

465 Siegwart a.a.O.

466 Geilinger 95.

467 Siegwart a.a.O.; Funk a.a.O. N 2; a.M. Geilinger 96 mit m.E. unklarer Begründung.

468 Vgl. dazu insbesondere den FABAG-Entscheid, BGE 100 II 384.

469 Vgl. dazu insbesondere Mengiardi, Auflösungsgründe 276.

470 Vgl. Siegwart a.a.O. N 9 und a.a.O. Art. 647 N 2; Geilinger 89 sowie vorne § 5 RZ 10.

471 Geilinger 90f.

den Statuten kann aber auch eine unabänderliche **Maximaldauer** vorgesehen werden ⁴⁷².

248 Betreffend den **Zeitpunkt** des Verlängerungsbeschlusses vgl. insbesondere Funk a.a.O. N 6.

249 Falls die Statutenbestimmungen **keine Angaben über die Dauer** der Gesellschaft enthalten, so kann diese **jederzeit** mit dem gewöhnlichen Quorum für GV- bzw. Statutenänderungs-Beschlüsse ⁴⁷³ aufgelöst werden, falls die Statuten dafür kein spezielles Quorum vorsehen.

d) **Die Abänderung der Firma**

250 Zum **Begriff der Firma** vgl. Siegwart Art. 620 N 3; Schucany Art. 626 N 3; Funk Art. 620 N 2; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 39ff; von Greyerz, Aktiengesellschaft 105ff; Forstmoser, Aktienrecht § 4 N 1ff; Forstmoser/Meier-Hayoz § 12 N 8ff sowie die bei Forstmoser § 4 in N 1 und 2 zitierten zahlreichen Literaturangaben.

251 Betreffend die **Gründe** für eine Firmenänderung vgl. insbesondere Forstmoser a.a.O. N 95 m.w.H.

252 Mit Siegwart ist festzuhalten, dass unter "Abänderung der Firma" im Sinne von OR 649 I **nicht jede geringfügige Präzisierung der Firma** zu subsumieren ist. Ganz geringe Änderungen des Firmenkerns, die Anbringung oder Beseitigung von ganz unbedeutsamen Firmenzusätzen können wohl ohne Beobachtung der Regeln von OR 649 beschlossen werden. Als Bedingung einer Firmenänderung im Sinne von OR 649 I ist daher festzuhalten, dass es sich um eine "derartige Umgestaltung der Firma" handeln muss, "dass die abgeänderte Firma im Verkehr als etwas neues empfunden wird" ⁴⁷⁴ ⁴⁷⁵. Der Eintritt einer Gesellschaft ins Liquidationsstadium be-

472 Betreffend die weitere Frage, ob der Aktionär in diesem Fall ein wohlerworbenes Recht an einer unbedingten Maximaldauer der Gesellschaft habe, vgl. Siegwart a.a.O. N 9 und Art. 646 N 33; Geilinger 89 und Weiss, Rechte des Aktionärs 531.

473 Vgl. OR 736 Ziff. 2; Schucany Art. 649 N 5; Funk a.a.O. N 6; Geilinger 88f und hinten RZ 339ff.

474 Siegwart a.a.O. N 8.

475 Zur behördlich angeordneten Firmenänderung vgl. insbesondere Siegwart a.a.O.

dingt dagegen - obwohl der Firma der Zusatz "in Liquidation" beigefügt wird - keine Statutenrevision⁴⁷⁶, weshalb dieser Sachverhalt auch nicht unter den Anwendungsbereich von OR 649 I und II fällt.

e) Die Verlegung des Sitzes

253 Zum **Begriff des Sitzes** vgl. Siegwart Art. 626 N 21; Schucany Art. 626 N 4; Funk Art. 626 N 3; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 43ff; von Greyerz, Aktiengesellschaft 106; Forstmoser, Aktienrecht § 4 N 113ff; Forstmoser/Meier-Hayoz § 12 N 18ff; Geilinger 63ff.

254 Eine Sitzverlegung **im Inland** liegt vor, wenn der Sitz von einer politischen Gemeinde in die andere verlegt wird⁴⁷⁷. Falls innerhalb derselben Gemeinde lediglich die Geschäftsadresse verlegt wird, so stellt dies keine Sitzverlegung dar⁴⁷⁸. Solche Änderungen können mit einfachem GV-Beschluss nachgetragen werden⁴⁷⁹. Zu den zusätzlichen Erfordernissen einer Sitzverlegung ins **Ausland** vgl. insbesondere von Greyerz a.a.O. 112f und Forstmoser a.a.O. N 148ff. Zur Sitzverlegung in **Kriegszeiten** vgl. Siegwart Art. 626 N 25 und vorn Greyerz a.a.O. 113.

255 In der Regel geht die Sitzverlegung Hand in Hand mit einer **Verlagerung des Geschäftsbereiches**⁴⁸⁰. Notwendig ist dies jedoch nicht, da die AG ihren Sitz unter den Schranken des Rechtsmissbrauchs frei wählen und somit auch frei verlegen kann⁴⁸¹.

256 Keine Sitzverlegung liegt vor, wenn die GV lediglich darüber entscheidet, dass die **tatsächlichen Verhältnisse in Zukunft der statutarischen Sitzbezeichnung entsprechend ausgestaltet werden sollen**. Dagegen muss der Beschluss den Voraussetzungen von OR 649 I entsprechen, wenn eine **fiktive Sitzbezeichnung** und der entsprechende Handelsregistereintrag **der tatsächlichen Lage angepasst** werden sollen, auch wenn in

476 Vgl. Forstmoser, Aktienrecht N 96 und Geilinger 65.

477 Vgl. Geilinger 66 und Forstmoser a.a.O. § 44 N 118.

478 Von Greyerz a.a.O.

479 Geilinger 66.

480 Siegwart Art. 649 N 6.

481 Zur fiktiven und zur rechtsmissbräuchlichen Sitzbezeichnung und -verlegung vgl. insbesondere Forstmoser, Aktienrecht § 4 N 116; Siegwart Art. 626 N 21 m.w.H., Art. 649 N 6 sowie etwa BGE 100 1b 458 E 4.

diesem Fall mit der Sitzverlegung keine Verlegung des unverändert bleibenden Geschäftsbereiches erfolgt⁴⁸².

257 OR 649 I findet grundsätzlich nur bei der Verlegung des **Hauptsitzes** Anwendung⁴⁸³. Die Begründung, Aufhebung oder Verlegung von **Filialen** bedarf dagegen grundsätzlich keines Beschlusses der GV⁴⁸⁴. Sind die Filialen in den Statuten genannt, so bedarf es lediglich eines gewöhnlichen Statutenänderungsbeschlusses der GV⁴⁸⁵, falls die entsprechenden Statutenbestimmungen so auszulegen sind, dass sie lediglich Tatsachen feststellen⁴⁸⁶. Andernfalls ist das Quorum von OR 649 I auch bei Filialverlegungen anzuwenden⁴⁸⁷.

3. Besonderheiten

258 Wenn das Quorum in einer ersten Generalversammlung nicht erreicht wurde, so kann unter Wahrung einer Minimalfrist von acht Tagen⁴⁸⁸ eine **zweite Versammlung** einberufen werden, in welcher die vorgenannten Beschlüsse⁴⁸⁹ gefasst werden können, "auch wenn nur ein **Drittel** sämtlicher Akten vertreten ist"⁴⁹⁰. Ist auch dieses Quorum nicht erreicht worden, so sind die entsprechenden beabsichtigten Rechtsveränderungen **gescheitert**. Es kann nicht noch ein dritter Versuch gemacht werden⁴⁹¹. "Soll die Frage später aufs neue aufgegriffen werden, so ist der Antrag wie ein ganz neuer zu behandeln"⁴⁹².

259 Auch diese Bestimmung ist jedoch **dispositiv**, d.h. die Statuten können somit schon in der ersten, aber auch in der zweiten Versammlung von einer qualifizierten Anwesenheit absehen und ein anderes Quorum vorsehen⁴⁹³ oder auch die Einberufung der zweiten Versammlung zeitlich

482 Siegwart a.a.O.

483 Vgl. Geilinger 65 und Siegwart Art. 649 N 7.

484 Siegwart Art. 642 N 29, Art. 649 N 6 und Geilinger 65.

485 Für welchen kein besonderes Quorum vorgesehen ist, vgl. Siegwart Art. 649 N 7.

486 Vgl. Siegwart a.a.O.

487 Siegwart a.a.O. und Geilinger a.a.O.

488 Es müssen volle acht Tage sein, nicht bloss eine Woche. Der Tag der GV gilt als Beginn der Frist, vgl. Siegwart a.a.O. N 13.

489 Vgl. vorne RZ 241 ff.

490 Vgl. OR 649 II.

491 Siegwart Art. 649 N 14.

492 Siegwart a.a.O.

unmittelbar anschliessend an die erste gestatten ⁴⁹⁴. Auch kann mit der Einladung zur ersten Generalversammlung bereits die Einladung zu einer allfälligen zweiten erfolgen ⁴⁹⁵, womit die zweite Versammlung - falls statutarisch von der in Abs. 3 vorgesehenen Frist von acht Tagen entsprechend abgewichen wurde ⁴⁹⁶ - **unmittelbar anschliessend an die erste abgehalten werden kann**.

XI. OR 650

260 Gemäss OR 650 kann eine Gesellschaft neue Aktien nur unter Beobachtung der für die **Gründung** der Gesellschaft geltenden Vorschriften ausgeben.

261 Gemäss Abs. 2 sind insbesondere "die Bestimmungen über Sacheinlagen, die Uebernahme von Vermögenswerten und die Gewährung besonderer Vorteile anwendbar". Betreffend die **Quorumsbestimmungen** bei der Beschlussfassung über diese qualifizierenden Tatbestände ⁴⁹⁷ kann daher vollumfänglich auf die diesbezüglichen Ausführungen zur **Gründung** verwiesen werden ⁴⁹⁸.

262 Mit Bezug auf die **übrigen Beschlussfassungen** ist dagegen klar zwischen der **werdenden** und der **bestehenden juristischen Person** zu unterscheiden ⁴⁹⁹. Die Bestimmungen über den **Errichtungsakt** bei der Simultangründung ⁵⁰⁰ bzw. die konstituierende Generalversammlung bei der Sukzessivgründung ⁵⁰¹ sind hier **nicht anwendbar** ⁵⁰², sondern vielmehr die Regeln für die Durchführung der Generalversammlung zur Statutenänderung ⁵⁰³: Sofern die Statuten dafür oder für Kapitalerhöhungen keine spe-

493 Vgl. Siegwart a.a.O. N 15 und vorne § 5 RZ 12.

494 Siegwart a.a.O.

495 Funk a.a.O. N 8.

496 Vgl. dazu Funk a.a.O.

497 Vgl. zu den diesbezüglichen Besonderheiten im Kapitalerhöhungsverfahren insbesondere Geilinger 84ff.

498 Forstmoser, Aktienrecht § 15 N 25, 166ff.

499 Vgl. Forstmoser a.a.O. § 15 N 25.

500 Vgl. OR 638 II und RZ 87ff.

501 Vgl. OR 634ff und vorne zu OR 635 III RZ 63ff.

502 Forstmoser a.a.O.

503 Vgl. OR 647.

ziellen Quorumsvorschriften enthalten, gilt sowohl für den Erhöhungs- wie auch für den Feststellungsbeschluss ⁵⁰⁴ das gewöhnliche Beschlussquorum, also die absolute Mehrheit der vertretenen Aktien gemäss OR 703 oder ein davon abweichendes, anderes Quorum ⁵⁰⁵.

263 Dies gilt auch für die **Einführung von Vorzugsaktien** ⁵⁰⁶ oder von **Stimmrechtsaktien** ⁵⁰⁷ sowie für die **Ausgabe von Genussscheinen** ⁵⁰⁸. Die Sonderbestimmungen für die Ausgabe dieser Beteiligungspapiere in OR 648 I, 654 i.V.m. 655 und 657 i.V.m. 658 gehen als *leges speciales* bei der Kapitalerhöhung dem bei der Ausgabe dieser Papiere bei der Gründung anzuwendenden Quorum von OR 636 vor ⁵⁰⁹. Sie beziehen sich ausschliesslich auf die nachträgliche Schaffung solcher Beteiligungspapiere ⁵¹⁰.

XII. OR 655 I.V.M. OR 654

1. Quorum

264 Es handelt sich gemäss dem klaren Verweis des Gesetzes um dasselbe Quorum, welches in **OR 649 I** normiert wurde. Ferner bestimmt OR 655, dass "auch im übrigen" die Vorschriften über die Beschlussfassung bei der Erweiterung des Geschäftsbereiches der Gesellschaft Anwendung finden. Dies bezieht sich wohl auf Abs. 2 und 3 von OR 649, wo die Möglichkeit der Einberufung einer zweiten Generalversammlung, an welcher mit kleinerem Quorum (positiv) Beschluss ⁵¹¹ gefasst werden kann und auf die einzuhaltende Mindestfrist ⁵¹². Das Quorum von OR 655 ist sodann wie dasjenige von 649 **dispositiv**. Es kann daher vollumfänglich auf die Ausführungen bei OR 649 verwiesen werden ⁵¹³.

504 Vgl. Forstmoser a.a.O. N 60 und 67.

505 Forstmoser a.a.O. § 15 N 59f, § 7 N 74 und 334ff. ⁵⁰⁴

506 Vgl. dazu nachfolgend RZ 273ff.

507 Vgl. dazu hinten RZ 107ff.

508 Vgl. hinten RZ 307ff.

509 Jäggi a.a.O. 80; Forstmoser § 15 N 155ff und Geilinger 85; Zu OR 636 vgl. vorne RZ 69ff.

510 Jäggi a.a.O. und vorne RZ 107ff und nachfolgend RZ 264ff.

511 Vgl. vorne RZ 258f.

512 Vgl. vorne a.a.O.

513 Vgl. vorne RZ 235ff.

2. Begriff der Vorzugsaktie

265 Zum **Begriff der Vorzugsaktie** vgl. Siegwart Art. 654-56 N 12; Schucany Art. 654 N 1; Funk Art. 654 N 1; von Greyerz, Aktiengesellschaft 76; Forstmoser/Meier-Hayoz § 35 N 6ff; Jäggi a.a.O., 79f; Geilinger 98ff; G. Capitaine, modification des droits de priorité d'actions privilégiées, SAG 24, 29; H. Gerber, Gruppenbildung und Gruppenschutz in der Aktiengesellschaft (Diss. Bern 1946); M. Meyer, Vorrechte aus Vorzugsaktien (Diss. Zürich 1933); E. Oehninger, les actions de priorité (1928); M. Sprenger, Die Prioritätsaktien bei Schweizerischen Aktiengesellschaften (Diss. Zürich 1932).

3. Gesetzgebungstechnik, Verhältnis zwischen den Beschlüssen

266 OR 654 umschreibt den **Anwendungsbereich** des Quorums von OR 655. In OR 655 werden die Anwendungsfälle sodann - allerdings **unvollständig und lückenhaft - wiederholt** ^{514 515}.

267 OR 654 I bestimmt, dass Vorzugsaktien auf jeden Fall auf einer **statutarischen Grundlage** beruhen müssen und dass selbst beim Vorbestehen einer ermächtigenden statutarischen Grundlage die Generalversammlung für die entsprechende Beschlussfassung kompetent ist.

268 OR 654 II bestimmt als "**Voraussetzung**" (Marginale) für die Ausgabe weiterer, im Verhältnis zu den vorbestehenden noch weiter privilegierter Vorzugsaktien, dass die Vorzugsaktionäre in einer abzuhaltenden **Sonderversammlung** ⁵¹⁶ einem solchen Vorhaben **zustimmen** müssen. Der Aenderungsbeschluss der Generalversammlung ist daher von dieser Zustimmung **abhängig**. Wird er vorher gefasst ⁵¹⁷, so gilt er lediglich "**suspensiv-bedingt**" ⁵¹⁸. Umgekehrt genügt der Sonderbeschluss der Vorzugsaktionäre

⁵¹⁴ Vgl. nachfolgend RZ 273ff.

⁵¹⁵ So wird die Umwandlung nur in OR 654 I, nicht aber in OR 655 erwähnt. Sodann erwähnt OR 655 lediglich die General- und nicht auch die Sonderversammlung. Beide Ungereimtheiten müssen jeweils unter Berücksichtigung des Gesetzeszusammenhangs und der Systematik des Gesetzes, sowie der ratio der Gesetzesnorm interpretiert und allenfalls vervollständigt werden.

⁵¹⁶ Vgl. dazu vorne RZ 27ff, 29.

⁵¹⁷ Vgl. zur zeitlichen Reihenfolge der Beschlüsse Siegwart a.a.O. N 31.

⁵¹⁸ Unklar Siegwart a.a.O. N 32.

gemäss OR 654 II **allein nicht** ⁵¹⁹: Die Ausgabe von Vorzugsaktien ist eine unübertragbare Kompetenz der GV ⁵²⁰, weshalb die "Generalversammlung aller Aktionäre" **zusätzlich** noch über ein solches Vorhaben beschliessen muss ⁵²¹.

269 Gemäss OR 654 III ist eine entsprechende Sondersammlung auch dann durchzuführen, wenn die mit den Vorzugsaktien verbundenen statutarischen Vorrechte **abgeändert** oder **aufgehoben** werden müssen. Wiederum ist auch ein entsprechender Generalversammlungsbeschluss notwendig. Betreffend die Aenderung statutarischer Vorrechte ist **OR 654 II** ein **Anwendungsfall** von **OR 654 III** bzw. ein Beispiel für eine indirekte Schädigung ⁵²².

270 Die Abhaltung dieser Sondersammlungen und die Zustimmung der Vorzugsaktionäre in diesen ist nach dem klaren Wortlaut von OR 654 II nicht zwingend. Die Statuten können diese GV-Beschlussvoraussetzung also z.B. **aufheben**.

271 In OR 655 wird als Quorum für diese Beschlüsse ein Zwei-Drittels-Aktienzahl-/ Präsenzquorum ⁵²³ vorgeschrieben. Da auch die Sondersammlung der Vorzugsaktionäre eine **Generalversammlung** darstellt ⁵²⁴, gilt diese Präsenzvorschrift auch für deren nach OR 654 II und III zu fassende Beschlüsse ⁵²⁵.

519 Vgl. dagegen die analoge Regelung bei den Genussscheininhabern in OR 657 V und dazu nachfolgend RZ 294ff.

520 Vgl. oben RZ 267.

521 Zum Zeitpunkt der Sondersammlung der der GV vgl. vorne RZ 27ff, 29, 37.

522 Vgl. hinten RZ 288.

523 Vgl. vorne RZ 235ff.

524 Vgl. vorne RZ 27ff.

525 Aus der **Systematik des Gesetzes** ergibt sich - wie oben erwähnt, dass OR 655 den Anwendungsbereich der Fälle von OR 654 umschreibt. Dies steht auch in den Marginalien entsprechend (OR 654: "Voraussetzungen"; OR 655: "Beschlussfassung") und ergibt sich auch aus dem Wortlaut von OR 655, welcher allgemein "Beschlüsse über die Ausgabe von Vorzugsaktien oder die über die Abänderung oder die Aufhebung der den Vorzugsaktien eingeräumten Vorrechte ..." erwähnt sowie aus der Tatsache, dass auch die Sondersammlung der Prioritätsaktionäre eine (besonders zusammengesetzte) **Generalversammlung** ist (welche besondere Beschlüsse fasst), vgl. dazu vorne. Die von Lanz aufgeworfene und früher offenbar diskutierte Frage, ob OR 655 auch für die Prioritätsaktionärsversammlung gelte, erscheint mir in Anbetracht dieser relativ klaren Indizien, welche zu einer ebenso klaren Lösung führen, als müssig (vgl. Lanz, Versehen, 237f mit Hinweisen auf Voten von Thalmann, Carry und Simonius). Dass die Versammlung unabhängig von der Erreichung eines Präsenzquorums (positiv) beschlussfähig sein soll, wider-

272 Die Beschlussfassung selber erfolgt in beiden Versammlungen mit dem **gewöhnlichen GV-Beschlussquorum** bzw. - falls statutarisch vorgesehen - mit dem besonderen Quorum für **Statutenänderungen** ⁵²⁶.

4. Zum Anwendungsbereich

a) "Ausgabe" von Vorzugsaktien

273 Wie schon vorne betreffend die Terminologie des Gesetzgebers bei der Schaffung von Stimmrechtsaktien ⁵²⁷ ist auch zum Begriff der "Ausgabe" von Vorzugsaktien im Sinne von OR 654 I und 655 festzuhalten, dass eine **unpräzise und unkoordinierte Wortwahl** vorliegt: So wird in OR 654 I wie auch im Marginale zu dieser Norm die "Ausgabe" von Vorzugsaktien in Gegensatz zur Schaffung von solchen Aktien durch **Umwandlung** gestellt, wogegen OR 655 betreffend den Anwendungsbereich des Quorums lediglich noch die "Ausgabe" von Vorzugsaktien erwähnt ⁵²⁸. Aufgrund des Wortlauts wäre daher der Schluss zulässig, nur die Ausgabe, d.h. die Schaffung neuer Vorzugsaktien unterliege dem erschwerten Quorum von OR 655 ⁵²⁹. Betreffend die weiteren Tatbestandsvarianten, nach welchen zu differenzieren wäre ⁵³⁰, finden sich keine Anhaltspunkte im Gesetz. Das grammatikalische und das systematische Auslegungselement führen auch hier zu **keinem Auslegungsergebnis** ⁵³¹.

spricht m.E. ohnehin der Formulierung von OR 654 II, welcher von "einer besonderen Versammlung der beeinträchtigten Vorzugsaktionäre" spricht und welche aufgrund ihres Wortlautes eher auf das Erfordernis der Präsenz **sämtlicher Vorzugsaktionäre** schliessen lassen würde. Da dies eine beförderliche Beschlussfassung aber eher verhindern würde, wurde mit der Normierung des zwei-Drittels Aktienpräsenzquorums in OR 655 eine **Kompromisslösung** gewählt. Dasselbe gilt auch für die Sonderversammlung der **Genusscheininhaber**, vgl. hinten. In der heutigen Lehre scheint die Anwendung des Quorums von OR 655 auf die Sonderversammlung **selbstverständlich** zu sein, vgl. etwa Siegwart Art. 654-56, N 33f; Schucany Art. 656 N 1; Capitaine, SAG 14, 31; unklar Funk Art. 654 N 3.

526 Vgl. Siegwart a.a.O. N 25 und 33; Geilinger 103f.

527 Vgl. nachfolgend RZ 139ff.

528 Vgl. die ebenso uneinheitliche Terminologie betreffend Stimmrechtsaktien in OR 627 Ziff. 10 und OR 648 I.

529 Vgl. Jäggi a.a.O. 81.

530 Z.B. Kapitalerhöhung mit und ohne Zufluss neuer Mittel, vgl. vorne RZ 220ff.

531 Vgl. vorne RZ 122ff, 139f.

274 Auch OR 654/55 bezwecken den **Schutz der bisherigen Aktionäre vor überproportionaler Schädigung durch die Ausgabe von Vorzugsaktien**, wodurch der Anwendungsbereich eingeschränkt wird ⁵³². Die Vorzugsaktionäre sind gegenüber den Stimmrechtsaktionären sodann **noch weiter geschützt**, indem ihre **Sonderzustimmung** für die Schaffung **weiterer, noch privilegierterer Vorzugsaktien** sowie für die **formelle Aenderung und Aufhebung** ihrer Rechte ⁵³³ verlangt wird ⁵³⁴. Im übrigen kann auf die Ausführungen zur Einführung von Stimmrechtsaktien verwiesen werden, welche hier **sinngemäss** zur Anwendung kommen ⁵³⁵. Ein **wohlerworbenes Recht auf Beibehaltung ihrer Vorrechte** haben sie aber **nicht** ⁵³⁶. Im folgenden werden die wichtigsten Grundsätze hier **wiederholt**:

275 Das Generalversammlungsquorum von OR 655 kommt hauptsächlich bei der **erstmaligen Ausgabe von Vorzugsaktien** bzw. einer **anderen Vorzugsaktienart** ⁵³⁷ seit der Gründung sowie später bei einer **überproportionalen oder ausschliesslichen Erhöhung des Vorzugsaktienkapitals** insgesamt bzw. einer einzigen Art von Vorzugsaktien zur Anwendung, sofern die bisherigen Stamm- bzw. Stamm- und Vorzugsaktionäre dadurch in ihren Rechten **überproportional geschädigt** werden ^{538 539}.

276 Werden neue Vorzugsaktien ausgegeben, jedoch durch Umwandlung von Forderungen gegen die Gesellschaft in Aktien aufgebracht ⁵⁴⁰, so ist OR 655 ebenfalls **anwendbar**. Die Finanzlage der Gesellschaft wird zwar durch die Verzichtsleistungen der Gläubiger verbessert, die Aktionäre erleiden jedoch durch die Ausgabe der neuen Vorzugsaktien **überproportionale Verluste** ⁵⁴¹.

532 Vgl. vorne RZ 160ff.

533 Vgl. nachfolgend RZ 288ff.

534 Vgl. vorne RZ 29ff.

535 Vgl. vorne RZ 143ff.

536 Vgl. vorne RZ 104 m.w.H.

537 Sei diese gegenüber den bisherigen Vorzugsaktien mehr oder auch nur weniger privilegiert. Die bisherigen Stammaktionäre sind so oder so geschädigt. Zum Sonderversammlungsbeschluss vgl. RZ 29ff. Als Schaffung von Vorzugsaktien ohne Kapitalerhöhung kommt wohl nur die Umwandlung durch Statutenänderung in Frage; die vorne zu den Stimmrechtsaktien angeführten Bemerkungen haben daher in diesem Bereich wohl keine analoge Geltung. Vgl. Schucany a.a.O. N 3 und vorne RZ 187ff.

538 Vgl. vorne RZ 148ff.

539 Dies ist nicht der Fall, wenn die neuen Vorzugsaktien den bisherigen Aktionären im Verhältnis ihres Aktienbesitzes proportional unentgeltlich zugewiesen werden sowie auch dann nicht, wenn sämtliche Aktien in Vorzugsaktien umgewandelt werden.

540 Vgl. den Tatbestand, der BGE 51 II 412 zugrunde lag.

277 Wie auch bei der proportionalen Erhöhung von Stimmrechtsaktien zu Stammaktien ist auch zur **proportionalen Erhöhung von Vorzugs- und Stammaktien** festzuhalten, dass sich daraus keine überproportionale Schädigung der bisherigen Aktien ergibt, weshalb das Schutzquorum von OR 655 in diesen Fällen ebensowenig wie bei OR 648 I anzuwenden ist ⁵⁴²

278 Wie schon bezüglich der Stimmrechtsaktien festgehalten, gilt auch bezüglich der Vorzugsaktien, dass für die Anwendung von OR 655 I **kein Raum** bleibt, wenn bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln die neuen Aktien **den bisherigen Aktionären im Verhältnis ihres Aktienbesitzes** zugeteilt werden ⁵⁴³ ⁵⁴⁴, weil es dann am Element der **Schädigung** der bisherigen Aktionäre **fehlt**. Diese werden vielmehr **privilegiert** ⁵⁴⁵.

279 Auch bezüglich der **Umwandlung** bisheriger Aktien in Vorzugsaktien gilt die betreffend die Stimmrechtsaktien festgehaltene Folgerung, dass eine solche die Anwendung von OR 655 I nicht rechtfertigt, wenn **sämtliche bisherigen Aktien in Vorzugsaktien** umgewandelt werden. Dies gilt auch dann, wenn bei einer Kapitalerhöhung die bisherigen Aktien in Vorzugsaktien umgewandelt werden. Es gilt das in RZ 155, 184 sowie 211 Gesagte.

280 Werden sämtliche bisherigen Stammaktien so zerlegt, dass **sämtliche Aktien gleichmässig in eine Vorzugs- und in eine gewöhnliche Aktie** zerlegt werden, so besteht auch bei den Vorzugsaktien kein Grund, OR 655 anzuwenden ⁵⁴⁶.

281 Ein Fall, in welchem OR 655 bei einer Umwandlung dagegen anzuwenden ist, ist die "**Zuzahlungssanierung**", wo lediglich ein Teil der bisherigen Aktien in Vorzugsaktien umgewandelt wird. Es betrifft diejenigen Aktionäre, welche der Gesellschaft eine von dieser festgesetzte Zahlung leisten. Die Zulässigkeit dieses Vorgehens ist umstritten ⁵⁴⁷. Jedenfalls müsste bei einem entsprechenden GV-Beschluss das Quorum von OR 655 angewendet

541 Vgl. Jäggi a.a.O. 85.

542 Vgl. Siegwart Art. 654 - 656 und Schucany Art. 654 N 2.

543 Vgl. vorne RZ 155, 184, 214.

544 Betreffend den Fall, wo die neuen Aktien Dritten zugewiesen werden, Jäggi a.a.O. 85.

545 Vgl. vorne a.a.O.

546 Vgl. auch Jäggi a.a.O.

547 Vgl. die Nachweise bei Jäggi. privilegierte Aktien a.a.O.

werden. Dies, obwohl OR 655 die Umwandlung nicht erwähnt ⁵⁴⁸. Würde diese Norm jedoch die Umwandlung ohne Einschränkung erwähnen, so wäre sie wiederum **unpräzise** und müsste **eingengt** werden ⁵⁴⁹.

282 Sodann ist OR 655 auch anzuwenden bei einer Kapitalherabsetzung zum Zwecke der **Sanierung** verbunden mit der Ausgabe neuer Aktien, welche als Vorzugsaktien ausgestaltet sind. Die bisherigen Aktionäre werden hier sogar **doppelt geschädigt**, einerseits durch die "**Abschreibung**" ihrer Aktien und andererseits, weil die neuen Aktien **besser berechtigt** sind ^{550 551}.

283 Auch OR 655 hängt sodann aufs engste mit der Gestaltung des **Bezugsrechts** zusammen ⁵⁵². Es ist aber auch hier festzuhalten, dass die qualifizierte Beschlussfassung bei der Ausgabe von Vorzugsaktien bei Kapitalerhöhungen (unter Zufluss neuer Mittel) auch dann, wenn das Bezugsrecht gewährt wurde, einzuhalten ist. Die **Gewährung des Bezugsrechts schränkt den Anwendungsbereich von OR 655 nicht ein** ⁵⁵³. Betreffend Vorzugsaktien geht dies eindeutig aus den **Gesetzesmaterialien** hervor: Die beiden Entwürfe von 1919 und 1923 regelten ausdrücklich die Ausgabe von Vorzugsaktien "mit oder ohne Vorrechte", womit sie den Ausschluss des Bezugsrechts auch ohne weiteres als zulässig erachteten ⁵⁵⁴. Der Grund für die Weglassung dieses Zusatzes in OR 655 ist nicht bekannt und allem Anschein nach lediglich **redaktioneller** Natur ⁵⁵⁵. Der Hauptanwendungsfall der Vorzugsaktien, an den der Gesetzgeber wohl gedacht hat, liegt sodann bei den **Sanierungen**, bei welchen das Bezugsrecht ohnehin keine grosse Rolle spielt ⁵⁵⁶.

548 Vgl. Jäggi a.a.O. 87 und vorne RZ 155.

549 Vgl. Jäggi a.a.O.

550 Vgl. Jäggi a.a.O. 87f.

551 Betreffend die Kapitalherab- oder -heraufsetzung ohne Ausgabe von Vorzugsaktien, vgl. die interessanten Bemerkungen von Jäggi a.a.O.

552 Vgl. schon vorne RZ 162ff.

553 Vgl. Jäggi a.a.O. 83f. Mit Jäggi ist festzuhalten, dass der gesetzgeberische Grund bei der Belassung des Bezugsrechts stark abgeschwächt ist, weil schon eine gewöhnliche Kapitalerhöhung für den Aktionär einen Nachteil darstellt (den er aber in Kauf nehmen muss ohne besondere Schutznormen, vgl. vorne RZ 148)) und daher erst recht eine solche, bei welcher die neuen Aktien mit einem Vorrecht ausgestattet sind, vgl. dazu auch schon vorne RZ 148ff..

554 Vgl. E 1919 Art. 713f und E 1923 Art. 669f sowie die Nachweise bei Jäggi a.a.O. 83f.

555 Vgl. Jäggi a.a.O.

556 Vgl. Jäggi a.a.O. 83f.

b) **Die Aenderung der Rechtsstellung der Vorzugsaktionäre durch die Ausgabe weiterer, noch mehr bevorzugter Prioritätsaktien**

284 Grundsätzlich ist nicht **jede Beeinträchtigung** der Interessen der Vorzugsaktionäre **unerlaubt** ⁵⁵⁷. "Gegen Aenderungen des **allen Aktionären gemeinsamen Komplexes von Rechten** (...) steht ihnen kein anderes Einspruchsrecht zu, als den Stammaktionären" ⁵⁵⁸. Gegenüber der (proportionalen, überproportionalen oder ausschliesslichen) Erhöhung des Stammaktienkapitals oder der (proportionalen, überproportionalen oder ausschliesslichen) Ausgabe weiterer Vorzugsaktien mit der gleichen oder einer geringeren Berechtigung oder bei der Ausgabe einer gänzlich neuen Vorzugsaktienart, welche eine Vorzugsstellung in einer Richtung hat, in der die bisherigen Vorzugsaktien keine geniessen, können sie sich unter diesem Gesichtspunkt ⁵⁵⁹ nicht zur Wehr setzen ⁵⁶⁰ ⁵⁶¹. OR 654 II stellt daher **keinen zusätzlichen Verwässerungsschutz** für die Vorzugsaktionäre dar.

285 Sodann ist auch hier festzuhalten, dass bei einer **Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln**, im Falle, wo die (in der gleichen Richtung wie die bisherigen) noch weiter privilegierten Vorzugsaktien den bisherigen Vorzugsaktionären im Verhältnis ihres bisherigen Aktienbesitzes zugehalten werden ⁵⁶², mangels Schädigung der bisherigen Vorzugsaktionäre die Sondervorschrift von OR 654 II keine Anwendung findet ⁵⁶³. Auch dies ist eine Ausdehnung des Wortlautes von OR 654, welcher in Absatz 2 die Umwandlung nicht erwähnt.

⁵⁵⁷ Siegwart a.a.O. N 26.

⁵⁵⁸ Siegwart a.a.O.; Funk Art. 654 N 3.

⁵⁵⁹ Dagegen können diese Sachverhalte u.U. Anwendungsfälle für das Quorum von OR 655 darstellen, vgl. hinten, bei welchen die Vorzugsaktionäre ja zusätzlich auch noch mitstimmen, Vgl. vorne RZ 273ff.

⁵⁶⁰ Siegwart a.a.O.; Capitaine, zit. RZ 265, 32; Funk a.a.O.

⁵⁶¹ "Auch wenn durch diese Anordnungen die Stimmkraft der Vorzugsaktionäre oder die Aussicht auf die Vorzugsdividende oder auf eine Zusatzdividende auch verringert werden kann" (Siegwart a.a.O.).

⁵⁶² Dies stellt aber - als überproportionale Schädigung der bisherigen Stammaktionäre - einen Anwendungsfall des Quorums von OR 655 dar, vgl. vorne RZ 273. Die Schaffung von noch mehr privilegierten Vorzugsaktien durch Umwandlung sämtlicher bisheriger Vorzugsaktien gehört m.E. nach dem klaren Wortlaut von OR 654 II nicht zum Anwendungsbereich dieser Norm, welche vom Weiterbestehen "bisheriger" und "neuer" Vorzugsaktien nebeneinander ausgeht. Dagegen wäre in einem solchen Fall wiederum OR 655 anzuwenden, vgl. vorne RZ 273ff.

⁵⁶³ Vgl. zum analogen Fall betreffend die Norm von OR 654 I bzw. 655 und vorne RZ 274.

286 Die Vorzugsaktionäre erhalten im Falle der Ausgabe von weiteren, ihnen gegenüber Vorrechte besitzenden Vorzugsaktien ⁵⁶⁴ einen zusätzlichen, **besonderen Schutz**, indem ihre **Sonderzustimmung** ⁵⁶⁵ zu einem solchen Vorhaben verlangt wird. Sie werden dadurch vor einer **Majorisierung** durch andere interessierte Stammaktionäre geschützt ⁵⁶⁶. Sie haben somit einen "**doppelten**" Schutz, können sie doch bei dem von der Generalversammlung zu fassenden Gesamtbeschluss auch noch mitwirken, welcher den Schutz sämtlicher bisheriger Aktionäre, also auch der Stammaktionäre bezweckt ⁵⁶⁷.

287 Betreffend den entsprechenden Beschluss bei der GV vgl. vorne RZ 273ff.

c) Die weiteren Aenderungen der Rechtsstellung der Vorzugsaktionäre

288 Die **Aufhebung** oder **Abänderung der statutarischen Vorrechte der Vorzugsaktionäre** kann **direkt** ⁵⁶⁸ oder **indirekt**, z.B. durch die Schaffung von Genussscheinen, erfolgen ^{569 570 571}. Der Ausgabe von **weiteren Stammaktien** können sich die Vorzugsaktionäre dagegen nicht widersetzen ⁵⁷². Bewirkt die Veränderung der statutarischen Vorrechte der bisherigen Aktionäre dagegen eine noch weitere **Privilegierung**, d.h. werden die bisherigen Vorrechte im Sinne einer **Verbesserung** abgeändert ⁵⁷³, so ist ein Sondersammlungsbeschluss nicht notwendig, bezwecken doch auch die

564 Z.B. durch Schaffung von weiteren Vorzugsaktien mit sog. Superprioritäten, vgl. Geilinger 102f.

565 Betreffend die Kapitalherab- und -heraufsetzung ohne Ausgabe von Vorzugsaktien sondern von gewöhnlichen Stammaktien, vgl. die interessanten Bemerkungen von Jäggi a.a.O.

566 Vgl. vorne RZ 29ff.

567 Vgl. Jäggi a.a.O. 80f und vorne RZ 274ff.

568 Z.B. durch die Umwandlung der Vorzugsaktien in gewöhnliche Stammaktien, eine Beschränkung der Vorzugsrechte, eine alleinige Heraufsetzung des Prioritätskapitals (sofern das Stammkapital nicht in gleichem Masse herabgesetzt wird etc.), vgl. im einzelnen Geilinger 102f.

569 Nicht davon erfasst ist eine blosser Verminderung der wirtschaftlichen Bedeutung, vgl. Geilinger 102 m.w.H.

570 Solche sind keine Vorzugsaktien im Sinne von OR 654 II, vgl. OR 657 V, sondern Beteiligungen besonderer Art, vgl. nachfolgend § 13, 14.

571 Die indirekte Schädigung durch Ausgabe noch privilegierterer Vorzugsaktien fällt unter den Anwendungsbereich von OR 654 II, vgl. vorne RZ 284ff.

572 Vgl. Zindel 38f, 141 FN 199.

573 Durch eine Statutenänderung.

Bestimmungen von OR 654 II und III lediglich einen Schutz der **bisherigen Vorzugsaktionäre** vor einer übermässigen **Verschlechterung** ihrer Stellung. OR 654 III ist daher in diesem Sinne **einzuschränken** ⁵⁷⁴.

289 *"Eine Abänderung der Vorrechte liegt auch dann vor, wenn sich die Verringerung der Anteile der Vorzugsaktien am Gewinn und am Liquidationsergebnis aus einer Herabsetzung der Vorzugsaktien ergibt"* ⁵⁷⁵.

290 Ueber den Spielraum bei der **statutarischen Ausgestaltung** der Rechte der Vorzugsaktionäre vgl. Siegwart a.a.O. N 27ff und Geilinger 104.

291 Von den Schutzrechten von OR 654 III und 655 ist jedoch nur die Beseitigung der den Vorzugsaktien eingeräumten Vorzugsrechte, nicht jedoch die **Beseitigung der Vorzugsaktien an sich** ⁵⁷⁶ betroffen.

292 Betreffend den entsprechenden Beschluss der GV vgl. vorne RZ 273ff. Unter "**Aenderung**" im Sinne von OR 655 ist sowohl eine solche nach **OR 654 II** als auch eine solche nach **OR 654 III** zu verstehen ⁵⁷⁷.

293 Gegenüber den Verlusten, welche **sämtliche Aktionäre** treffen, z.B. bei der **Auflösung** der Gesellschaft ⁵⁷⁸ können sich die Vorzugsaktionäre nicht unter dem Gesichtswinkel von OR 654/5 zur Wehr setzen ⁵⁷⁹. Gelegentlich sehen die Statuten sog. **Zwangsamortisationen** vor oder die Regelung, dass bei Eintritt gewisser Voraussetzungen die Vorrechte von selber dahinfallen. Solche Statutenbestimmungen sind für neu hinzukommende Vorzugsaktionäre verbindlich, ohne dass sie ihnen speziell zustimmen müssen ⁵⁸⁰.

574 Vgl. dazu vorne bei Einschränkung RZ 273ff.

575 Schucany Art. 654 N 5 und BGE 79 II 250; Pra. 32, 392.

576 Vgl. dazu Siegwart a.a.O. N 42ff und Schucany a.a.O. N 5 II.

577 Vgl. den Wortlaut von OR 654 II, III.

578 Vgl. dazu vorne RZ 106.

579 Vgl. Siegwart a.a.O. N 41.

580 Vgl. (allgemein zur Wirkung der Statuten) Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 6 und auch vorne § 5 RZ 4f.

293a Bei der Beeinträchtigung der Rechtsstellung einer bevorzugteren Aktienkategorie ist eine **gesonderte Abstimmung der übrigen Aktionäre** nach schweizerischem Recht **nicht notwendig**. Es genügt die GesamtAbstimmung der Vorzugs- und Stammaktionäre gemäss OR 655 ⁵⁸¹.

XIII. OR 658 I.V.M. OR 657 I, OR 657 V

1. Quorum

a) OR 658

294 Das Quorum, welches für Beschlüsse über die Ausstellung von Genussscheinen ⁵⁸² anzuwenden ist, entspricht - wie auch dasjenige von OR 655 - nach dem klaren Verweis im Gesetz demjenigen von **OR 649 I und II**. Es kann daher vollumfänglich auf vorne RZ 235ff verwiesen werden.

b) OR 657 V

295 Das Quorum für den für alle verbindlichen Verzicht auf einzelne oder alle Rechte aus den Genussscheinen wird vom Gesetz umschrieben als **"absolute Mehrheit des im Umlauf befindlichen Kapitals der Genussscheine oder, falls diese keinen Nennwert haben, als absolute Mehrheit aller im Umlauf befindlicher Genussscheintitel"**.

296 Es handelt sich hier also grundsätzlich um ein **Kapital-** ⁵⁸³ oder **Genussscheintitel- Präsenz-/Stimmenquorum** ⁵⁸⁴, welches auf die **absolute Mehrheit** ⁵⁸⁵ abstellt und **einseitig zwingend** ist ⁵⁸⁶.

581 Vgl. Geilinger 103 m.w.H. und Funk Art. 654 N 3. *

582 Vgl. dazu nachfolgend RZ 297ff.

583 Vgl. vorne § 2 RZ 11ff, 14ff, 17ff.

584 Das Quorum von OR 657 V wurde erst 1949 eingeführt, nachdem die frühere Regelung, welche lediglich auf die vertretenen Aktien abstellte, heftig kritisiert worden war, vgl. dazu F. von Steiger, Aktiengesellschaft 87; Jaeger, SJZ 36, 309ff und Siegwart Art. 657, 658 N 48ff.

585 M.E. können die Statuten diese Regelung noch weiter erschweren, was jedoch einer beförderlichen Beschlussfassung widerspricht, vgl. vorne § 3 RZ 8ff.

586 Vgl. F. von Steiger, Aktiengesellschaft 87 und vorne § 5 RZ 10.

296a Betreffend **Sinn und Zweck** vgl. § 3 RZ 59ff, 74f, 79. Zur **Berechnung** vgl. § 4 RZ 66ff, 70ff, 81ff und zu den **Abweichungsmöglichkeiten** von diesem Quorum vgl. § 5 RZ 10, 14, 22f, 40.

2. **Begriff des Genuss- und des Partizipationsscheins**

297 Zum **Begriff des Genussscheins** und des **Partizipationsscheins** vgl. Siegwart Art. 657, 658 N 1ff; Schucany Art. 657 N 1; Funk Art. 657 N 1; von Greyerz, Aktiengesellschaft 263ff; Geilinger 113ff; Forstmoser/Meier-Hayoz § 33 N 7ff; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 66ff, 88ff sowie etwa A. Bauer, Partizipationsscheine im schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1976); Ch. Hoffmann, Der Partizipationsschein oder die stimmrechtslose Aktie (Diessenhofen 1976); T. Schlieper, Partizipant und stimmrechtsloser Vorzugsaktionär. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Revision des schweizerischen Aktienrechts (Freiburg i.Br. 1976); ferner P. Jäggi, Der Partizipationsschein, in: Probleme der Aktienrechtsrevision. Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Berner Tage für juristische Praxis 1972 (Bern 1972) 9ff; R. Bär, Partizipationsscheine, SAG 48 (1976) 106ff; Forstmoser, Revision 14ff; H. Dietler, Der Genussschein im schweizerischen Aktienrecht, SAG 12, 134; Jaeger, Die Genussscheininhaber als Gläubigergemeinschaft, in SJZ 36, 309; Schwill, Der Genussschein, SAG 12, 128; Demarmels 4ff, 19ff; T. Ernst, Der Genussschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1963) und derselbe, Die Genussscheininhaber im Recht der Aktiengesellschaft, SAG 37 (1965) 185ff.

298 Die folgenden Erwägungen gelten gleichermassen für **Genuss- und Partizipationsscheine** ⁵⁸⁷ nach geltendem Recht. Der **Entwurf** sieht dagegen eine Sonderregelung für Partizipationsscheine vor ⁵⁸⁸, auf die hinten eingetreten wird.

3. **Gesetzgebungstechnik, Verhältnis zwischen den Beschlüssen**

299 Die Gesetzgebungstechnik ist hier von derjenigen bei der Ausgabe von Vorzugsaktien **verschieden**:

⁵⁸⁷ Sie werden rechtlich gleich behandelt, vgl. Forstmoser/-Meier-Hayoz § 33 N 22b.

⁵⁸⁸ Vgl. E 656ff und dazu hinten § 9 RZ 12.

300 Auch OR 657 I bestimmt, dass Genussscheine auf jeden Fall einer statutarischen Grundlage bedürfen und dass selbst beim Vorbestehen einer solchen die **Generalversammlung** die Schaffung von Genussscheinen beschliessen muss⁵⁸⁹.

301 Gemäss OR 657 V haben die Genussscheininhaber in einer **Sonderversammlung**⁵⁹⁰ über einen für alle bindenden **Verzicht** auf **einzelne oder alle Rechte** aus den Genussscheinen zu beschliessen, und zwar **zwingend** mit dem Quorum der absoluten Mehrheit des in Umlauf befindlichen Genussscheinkapitals bzw. der im Umlauf befindlichen Genussscheintitel⁵⁹¹. Ferner findet sich hier ein **Verweis** auf die Vorschriften über die Gläubigergemeinschaft bei Anlehensobligationen (OR 1157ff), dessen Tragweite jedoch z.T. unklar und umstritten ist⁵⁹². Aufgrund der teilweisen Ähnlichkeit des Genussscheines mit der Aktie drängt sich in einigen Fällen nämlich auch die **Anwendung aktienrechtlicher Regeln** auf⁵⁹³, denn die Verhältnisse bei Anlehensobligationen und Genussscheinen sind insgesamt doch wesentlich verschieden⁵⁹⁴. Betreffend Quoren ist jedoch festzuhalten, dass hier eine Sonderregelung geschaffen wurde, welche sowohl die Anwendung von Regeln für Aktien als auch der Normen über die Anlehensobligationen **ausschliesst**^{595 596}.

302 OR 658 bestimmt schliesslich, dass Beschlüsse über die **Ausgabe**⁵⁹⁷ **von Genussscheinen** von der **Generalversammlung** zu fassen sind und dass - wie auch schon im Fall der Ausgabe von Vorzugsaktien - dafür das Quorum sowie die übrigen Vorschriften von OR 649 gelten.

589 Im Unterschied zur gesetzlichen Regelung bei den Vorzugsaktien erwähnt OR 657 I sodann ausdrücklich - allerdings nicht abschliessend -, zugunsten welcher Personen Genussscheine ausgegeben werden können. Abs. 2 enthält eine entsprechende Einschränkung betreffend Gründergenussscheine.

590 Vgl. vorne RZ 27ff, 32.

591 Vgl. vorne RZ 296.

592 Vgl. Siegwart Art. 657/658 N 44ff und F. von Steiger, Aktiengesellschaft 87f.

593 Vgl. Siegwart a.a.O. N 6 m.w.H.; Forstmoser/Meier-Hayoz § 33 N 23; Bär, ZBJV 1965, 209; vgl. auch hinten RZ 317.

594 Vgl. Siegwart a.a.O. N 44.

595 Zur Einberufung der Versammlung, vgl. Siegwart a.a.O. N 53ff.

596 Das Quorum, welches gemäss OR 1170 für bestimmte, weitere Eingriffe in die Gläubigerrechte vorgesehen ist, ist erschwerter als dasjenige von OR 657 V, vgl. dazu Siegwart Art. 657/8 N 53ff.

597 Vgl. dazu vorne RZ 140ff.

303 Im Gegensatz zur Regelung der Vorzugsaktien gilt dieses Quorum aber **nicht** für die von der **Sonderversammlung der Genussscheininhaber zu fassenden Beschlüsse**.

304 Falls mit der Ausgabe von Genussscheinen nicht noch gleichzeitig ein Verzicht der bisherigen Genussscheininhaber auf einzelne oder alle ihre Rechte notwendig ist, ist nicht noch ein **zusätzlicher von den GS-Inhabern zu fassender Sonderversammlungsbeschluss notwendig** ⁵⁹⁸.

304 Falls mit der Ausgabe von Genussscheinen nicht noch gleichzeitig ein Verzicht der bisherigen Genussscheininhaber notwendig ist, ist

305 Grundsätzlich sind die Normen von OR 657 und 658 daher nur insofern **kumulativ** anwendbar, als OR 658 das von der GV bei der Ausgabe von Genussscheinen (vgl. OR 657 I) anwendbare Quorum erwähnt und als dann sowohl ein GV-Beschluss nach OR 657 I und 658 als auch ein Sonderversammlungsbeschluss nach OR 657 V zu fassen sind, wenn durch die Ausgabe von Genussscheinen **gleichzeitig ein Verzicht der bisherigen Genussscheininhaber auf einen Teil oder alle ihre Rechte notwendig wird** ⁵⁹⁹.

306 Zum Verhältnis zwischen GV und Sonderversammlungsbeschluss vgl. vorne RZ 35ff und § 1 FN 90. Das dort Ausgeführte gilt aber nur für den oben erwähnten Fall, **wo zwei Beschlüsse** notwendig sind. Im übrigen genügt jeweils **entweder der GV- oder der Sonderversammlungsbeschluss** ⁶⁰⁰.

598 Vgl. dazu hinten RZ 307ff, 3137ff.

599 Vgl. hinten RZ 313ff, 317ff.

600 Vgl. nachfolgend RZ 307ff.

4. Anwendungsbereich

a) "Schaffung" bzw. "Ausstellung" von Genussscheinen

307 Zur unklaren Terminologie des Gesetzes in diesem Bereich vgl. schon vorne RZ 140ff.

308 Im Unterschied zur Regelung bei den Stimmrechts- und Vorzugsaktien⁶⁰¹ können **Genussscheine nie Aktien ersetzen**, sondern immer **nur neben bisherige Aktien** treten⁶⁰². Der Tatbestand der "Umwandlung" kann daher bei der erstmaligen Schaffung von Genussscheinen nie vorkommen, denn dies käme einem Entzug der Mitgliedschaft der betroffenen Aktionäre gleich bzw. einer Herabsetzung des Grundkapitals oder sogar einer Auflösung der Gesellschaft gleich⁶⁰³. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist lediglich für die Umwandlung nur eines Teils der Genussscheine zu machen, falls die Betroffenen zustimmen. Allerdings können weitere, andere Genussscheine durch Umwandlung **bisheriger Genussscheine** geschaffen werden⁶⁰⁴.

309 Wiederum ist bezüglich des Zweckes der Normen festzuhalten, dass OR 658 den **Schutz der bisherigen Aktionäre**⁶⁰⁵ und OR 657 V den **Schutz der GS-Inhaber** bezweckt, woraus sich folgendes ergibt:

310 Werden die **bisherigen Aktionäre nicht geschädigt**, sondern privilegiert durch die erstmalige Ausgabe oder Schaffung von Genussscheinen, so bleibt für die Anwendung des Quorums von OR 658 **kein Raum**:

311 Dies ist der Fall etwa bei **Sanierungen** mit Kapitalherabsetzung und gleichzeitiger Ausstellung von Genussscheinen zugunsten der bisherigen Aktionäre. Dies ist - wirtschaftlich gesehen - eine "unechte" Umwandlung von Aktien in Genussscheine⁶⁰⁶ sowie recht-

601 Vgl. vorne RZ 264ff.

602 Vgl. Jäggi a.a.O. 94.

603 Vgl. OR 657 IV.

604 Vgl. dazu vorne RZ 279.

605 Betreffend die Verletzung bereits bestehender Vorzugsrechte durch Schaffung von Genussscheinen vgl. Art. 654/5 und vorne RZ 288.

606 Vgl. Jäggi a.a.O.

lich gesehen eine "Ausstellung" von Genussscheinen ⁶⁰⁷. Jedoch werden dadurch die Rechtsfolgen der Kapitalherabsetzung gemildert, es werden m.a.W. die bisherigen Aktionäre privilegiert, weshalb das Quorum von OR 658 m.E. nicht einzuhalten ist ⁶⁰⁸.

- 312 Sodann fällt auch die Ausstellung von Genussscheinen bei einer **Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und gleichmässiger Zuteilung an die bisherigen Aktionäre** (ohne Gegenleistung) mangels einer Schädigung derselben nicht unter den Anwendungsbereich von OR 655 ⁶⁰⁹ ⁶¹⁰.

b) **Die Aenderung der Rechtsstellung der Genussscheininhaber durch die Ausgabe weiterer, noch stärker bevorzugter Genussscheine**

- 313 Auch die Genussscheininhaber können sich der Ausgabe weiterer, "gleichberechtigter" Genussscheine oder einer neuen Art von Genussscheinen mit einer völlig anderen Berechtigung als die bisherigen sowie einer Erhöhung des Stammaktienkapitals **nicht widersetzen** ⁶¹¹ ⁶¹².

⁶⁰⁷ Vgl. vorne RZ 138ff.

⁶⁰⁸ A.M. Jäggi a.a.O. Es ist m.E. jedoch nicht einzusehen, weshalb dieser Sachverhalt anders zu behandeln ist als der entsprechende bei Vorzugs- und Stimmrechtsaktien, vgl. vorne RZ 309.

⁶⁰⁹ A.M. Jäggi a.a.O. 95f unter Hinweis auf das Wort "Aktienbesitz" in OR 657 I, welches seiner Meinung nach darauf hinweist, dass auch die gleichmässige Verteilung unter den Anwendungsbereich von OR 658 zu subsumieren ist. Die Terminologie des Gesetzes ist jedoch uneinheitlich, vgl. vorne RZ 140ff. Den Tatbestand der Schädigung der bisherigen Aktionäre hat der Gesetzgeber weder bei der Regelung der Stimmrechts- noch bei derjenigen der Vorzugsaktien ausdrücklich erwähnt. Dieses Erfordernis zur Anwendung der entsprechenden Quoren wurde jeweils aus dem Zweck der Norm hergeleitet ... Entsprechendes gilt m.E. daher auch für die hier zu erörternde Regelung der Genussscheine. Der Gesetzeswortlaut ist daher auch hier in bezug auf den Zweck der Norm entsprechend einzuschränken. Auch Jäggi hält betreffend die Materialien fest, dass die entsprechende Einschränkung im Fall, wo die bisherigen Aktionäre die neuen Genussscheine gleichmässig unentgeltlich erhalten, vom Gesetzgeber offenbar übersehen worden sei (418 Anm. 34), weshalb m.E. offenbar eine Lücke vorliegt, die im Sinne einer harmonischen Regelung bei allen ähnlichen Tatbeständen in diesem Zusammenhang (vgl. Tabelle RZ 321a) in dem Sinne zu füllen ist, dass auf das Element der Schädigung abgestellt wird.

⁶¹⁰ Betreffend die Zuteilung der neuen Genussscheine an Dritte bzw. das Ungenügen des Quorums von OR 658 in diesem Fall wiederum Jäggi a.a.O.

⁶¹¹ Vgl. Siegwart Art. 657/658 N 41 und vorne RZ 284.

⁶¹² Seien diese Ausgaben proportional, überproportional oder ausschliesslich.

314 Werden aber noch **weitere Genussscheine mit noch besserer Berechtigung** geschaffen, so besitzen die dadurch geschädigten Genussscheininhaber einen besonderen, qualifizierten Schutz, indem ihre **Sonderzustimmung** dafür gefordert wird. Da sie beim entsprechenden, die neuen Genussscheine schaffenden GV-Beschluss nicht mitwirken können, sind ihre Zustimmung sowie das dafür erforderliche Quorum im Gesetz **zwingend** normiert ⁶¹³. Der Wortlaut des Gesetzes ("Verzicht auf einzelne oder alle Rechte aus den Genussscheinen") ist daher so auszulegen, dass darunter auch die **überproportionale Beeinträchtigung ihrer Rechte** durch die Ausgabe privilegierter Genussscheine zu subsumieren ist ^{614 615}.

315 Werden die neuen Genussscheine den bisherigen Genussscheininhabern jedoch im Verhältnis ihres Genussscheinbesitzes **unentgeltlich** zugewiesen oder werden die neuen Genussscheine durch **gleichmässige Umwandlung der bisherigen** geschaffen, so ist auch hier mangels Schädigung der Genussscheininhaber festzuhalten, dass dieser Sachverhalt nicht unter den Anwendungsbereich des Quorums von OR 657 V fällt. Dies geht schon aus dem Wort "**Verzicht**" hervor.

316 Betreffend den erforderlichen **GV-Beschluss**, vgl. vorne RZ 299ff, RZ 302.

c) Die weiteren Aenderungen der Rechtsstellung der Genussscheininhaber

317 Die **Aufhebung** oder **Aenderung** der statutarischen Vorrechte der Genussscheininhaber kann **direkt** (durch Statutenänderung) oder **indirekt** (durch Ausgabe **weiterer Genussscheine** ⁶¹⁶ oder durch Ausgabe von **Vorzugsaktien**) ⁶¹⁷ erfolgen. Entscheidend ist stets, ob es sich um einen "**Eingriff**" in die Rechte der Genussscheininhaber handelt oder nicht. "Wenn aktienrechtlich einwandfreie Anordnungen die Interessen der Genussscheininhaber indirekt nachteilig berühren, dann ist von Fall zu Fall im Sinne eines

613 Vgl. OR 657 V und § 5 RZ 10.

614 So auch F. von Steiger, Aktiengesellschaft 86; sinngemäss auch Demarmels 13 und Ernst, Genussschein (zit. RZ 297) 184ff.

615 Vgl. dazu vorne RZ 309.

616 Siehe oben RZ 288 analog und RZ 313.

617 Vgl. Siegwart a.a.O. N 42 und vorne RZ 284 und 288 analog.

billigen Ausgleiches zu entscheiden, ob sie sich dieselben gefallen lassen müssen" ⁶¹⁸. Dabei ist von Bedeutung etwa die **Ernstlichkeit des Grundes**, der die Gesellschaft zu dieser die Interessen der Genussscheininhaber störenden Anordnung veranlasst hat oder auch die **Relevanz des Verdienstes**, der mit der Ueberlassung der Genussscheine entlöhnt wurde etc. ⁶¹⁹ Auch wenn ihr Schutz insgesamt in der Regel wohl **höher** ist als derjenige der Vorzugsaktionäre bei einer Kollision ihrer Interessen mit denjenigen der Stammaktionäre, so ist doch festzuhalten, dass sie sich nur gegen **übermässig ungünstige Einwirkungen** wehren können ⁶²⁰. Gegen **wirtschaftlich unzumutbares Geschäftsgeschehen** sowie Statutenänderungen in anderen Punkten als denjenigen, welche ihre Stellung direkt betreffen, können sie sich nicht widersetzen, ebenso wenig gegen eine Kapitalerhöhung oder -herabsetzung, **wenn diese für sie keine Nachteile mit sich bringt** ⁶²¹ ⁶²². Die Zustimmung

618 Bürgi a.a.O. N 36. Noch weiter gehend Demarmels: "Eingriffe, die aktienrechtlich erlaubt sind, aber die Rechte der Genussberechtigten inhaltlich nachteilig beeinflussen können (indir. Eingriffe) müssen sich die Genussscheininhaber jedoch gefallen lassen. Die Genussrechte selbst bleiben in diesem Fall unberührt." (13). Vgl. auch Ernst, Genussscheininhaber 191 und Genussschein (zit RZ 297) 184ff.

619 Bürgi a.a.O.; vgl. auch Bär, aktuelle Fragen 413.

620 Vgl. auch nachfolgend RZ 318ff.

621 Bürgi a.a.O. N 37.

622 Vgl. dazu aber Bär, aktuelle Fragen: "So weit die Emissionsbedingungen der letzten Jahre explizit waren, haben sie denn auch die **Gleichstellung mit den Aktionären** und insbesondere die Abhängigkeit von der Gesellschaftsbilanz und vom Gewinnfeststellungs- und -verteilungsbeschluss stipuliert. Als Normalsinn der Genussrechtsbedingungen (und m.E. bereits als Verkehrsauffassung darüber) muss also eine Beteiligung an Gewinn und Liquidationüberschuss wie eine Aktionärbeteiligung und mit dieser gleichrangig angenommen werden. Dem widerspricht die diesbezügliche Terminologie in **OR 657 III** nicht (was hier nicht näher angeführt sei), und mir scheint, dass die Zeichner von Kapitalbeschaffungsgenussscheinen ebenfalls nichts anderes erwarten, als eben wie Aktionäre an der Gesellschaft beteiligt zu sein, jedoch ohne das Mitspracherrecht. Und ich ginge mit diesem Gedanken noch weiter und nehme entgegen der herrschenden Ansicht an, dass auch indirekte Schmälerungen (d.h. nicht durch Veränderung der Emissionsbedingungen, worüber später, sondern durch Kapitalerhöhungen, Fusionen u.dgl.) wie von einem Aktionär in Kauf genommen werden müssen ohne eine Korrektur an der nun geminderten Beteiligungsproportion. Allerdings musste der Genussberechtigte - wie der Aktionär mit seinem Anfechtungsrecht - einen Rechtsbehelf zur Hand haben und damit rügen können, die Massnahme sei unnötig oder sie schone die alten Rechte zu wenig... Das sei nun verifiziert." Gemäss dieser Ansicht fallen wohl auch die indirekten Schädigungen unter den Anwendungsbereich von OR 657 V und E 657 IV. Vgl. aber die Sonderregelung des Entwurfs für PS in E 656f III, wonach "Statutenänderungen und andere Generalversammlungsbeschlüsse, welche die Stellung der Partizipanten verschlechtern" nur zulässig sind, "wenn auch die Stellung der Aktionäre, denen die Partizipanten gleichstehen, entsprechend verschlechtert wird". Daraus folgt, dass diese Regelung nicht identisch ist mit derjenigen von E 657 IV und OR 657 V, bzw. dass nicht sämtliche indirekten Schädigungen schon unter den Anwendungsbereich von OR 657 V und E 657 IV fallen, ansonsten die neue Sonderregelung für PS überflüssig wäre. Es ist daher bei der Anwendung des Quorums der letzteren Norm auf die konkrete Schädigung bzw. auf den Eingriff abzustellen. Nur wenn eine solche vorliegt, ist eine erschwerte Beschlussfassung notwen-

mung der GS-Inhaber war daher beim "**Alusuisse - Kapitalschnitt**" nicht erforderlich, handelte es sich dort doch um einen aktienrechtlich erlaubte Handlung, welche gleichermassen auch die Aktionäre betraf und keine Schädigung der GS-Inhaber bewirkte ⁶²³.

318 Mit **Siegwart** ist somit festzuhalten, dass für den Anwendungsbe-
reich des Quorums von OR 657 V - wie auch bei der Regelung für den Vor-
zugs- und Stimmrechtsaktionär - immer eine "**Schädigung**", ein Eingriff ⁶²⁴
in die Rechte der Genussscheininhaber vorliegen muss, zu welcher diese zu-
stimmen müssen. Dies geht teilweise schon aus dem **Wortlaut** hervor
("Verzicht"), ergibt sich jedoch auch aus einer **systematischen** ⁶²⁵ und **teleo-**
logischen Auslegung ⁶²⁶. Eine direkte Aenderung der Rechte der Genuss-
scheininhaber bedarf daher nur dann der Zustimmung derselben, wenn diese
ihre Rechte direkt beseitigen oder verkürzen. Einer solchen Statuten-
änderung müssen die Genussscheininhaber gesondert zustimmen ⁶²⁷.

319 Daher ist ihre Zustimmung nicht erforderlich für eine Abänderung
im Sinne einer weiteren Verbesserung ihrer Stellung ⁶²⁸. Es kann auf die
Ausführungen zur Regelung bei den Vorzugsaktien verwiesen werden ⁶²⁹.

320 Der im Gesetz erwähnte **Verzicht** auf sämtliche den Genussschei-
nen eingeräumten Rechte stellt wirtschaftlich gesehen eine **Beseitigung der**
entsprechenden Genussscheine dar ⁶³⁰. Die Statuten können aber auch eine
zwangsweise Ablösung dieser Papiere vorsehen, z.B. nach einem bestimm-
ten Zeitablauf, durch Rückkauf etc. Die Ablösung kann als Recht oder auch
als Pflicht der Gesellschaft ausgestaltet werden ⁶³¹. Statutarisch kann sodann

dig.

623 Vgl. NZZ Nr. 221 (24. September 1987). 35. Die schriftliche Urteilsbegründung lag im Zeitpunkt der Niederschrift der vorliegenden Arbeit noch nicht vor.

624 Siegwart erwähnt auch die "nachteilige Berührung". Siegwart a.a.O. N 41f; a.M. Demarmels a.a.O. und Ernst, Genussschein (zit. RZ 297) 184ff.

625 Die Genussscheine sind denn auch eher den Beteiligungspapieren der AG als den Anlei-
hensobligationen ähnlich, vgl. Siegwart a.a.O. N 44. ⁶²⁴

626 Vgl. vorne RZ 138ff, 143ff.

627 Vgl. Demarmels a.a.O. und den "Entscheid Alusuisse" zit. in RZ 317.

628 Vgl. OR 657 V.

629 Vgl. vorne RZ 288.

630 Dies ist zulässig, handelt es sich doch nicht um Mitgliedschaftspapiere.

631 Vgl. Siegwart a.a.O. N 62; Funk, Art. 657 N 4; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 87,
welcher von vertraglichen Vereinbarungen spricht. Soll die Regelung aber für alle Ge-
nussscheininhaber gelten, so ist sie in den Statuten zu normieren, vgl. Siegwart a.a.O. Je-
denfalls dürfen sämtliche solchen Vereinbarungen der Ordnung des Gesetzes über die

auch vorgesehen werden, dass die Rechte der Genussscheininhaber voraussetzungs- und entschädigungslos nach einer gewissen Zeit **dahinfallen** ⁶³². Solche Klauseln sind - falls sie bei der Begründung der Genussscheine schon normiert waren - **Bestandteil der individuellen Vereinbarung der Genussscheininhaber mit der Gesellschaft** ⁶³³. Es bedarf daher im Falle solcher Ablösungen und Auflösungen der Genussscheine keines besonderen Beschlusses nach OR 657 V mehr. Soll dagegen eine solche Statutenbestimmung **nachträglich** eingeführt oder sollen die Genussscheine bzw. die darin enthaltenen Rechte sogleich aufgehoben werden, so ist das Quorum von OR 657 V selbstverständlich einzuhalten ⁶³⁴.

321 Zur besonderen GV der Stammaktionäre vgl. vorne RZ 228.

632 Gläubigergemeinschaft nicht derogieren, vgl. F. von Steiger a.a.O.; Siegwart a.a.O.
Vgl. Funk a.a.O.

633 Das bedingte Gläubigerrecht der Genussscheininhaber entsteht durch Vertrag, vgl. Siegwart a.a.O. N 13 und BGE 31 II 459.

634 Vgl. Funk Art. 657 N 4.

DIE AUSGABE, ÄNDERUNG UND AUFHEBUNG SPEZIELLER BETEILIGUNGSPAPIERE IN DER AG UND DIE DABEI EINZUHALTENDEN QUOREN

Art des Beteiligungspapiers	Stimmrechtsaktien 1)	Vorzugsaktien 1)	Genussscheine und PS 1)
Regelungsgrundlage und grundsätzliche Kompetenz	Statuten: OR 627 Ziff. 10 GV: OR 698 II Ziff. 1 und 5 i.V.m. OR 648 i	Statuten: OR 627 Ziff. 9 i.V.m. OR 654 I GV: OR 698 II Ziff. 1 und 5 i.V.m. OR 654 I und 655 + SV: OR 654 II und III	Statuten: OR 627 Ziff. 9 i.V.m. OR 657 I GV: OR 698 II Ziff. 1 und 5 i.V.m. 657 I und 658 + SV: OR 657 V
Anwendungsbereich und Quoren 9) -- Ausgabe -- bei der Gründung 2)	Simultangr.: GV: OR 638 II Sukzessivgr.: GV: OR 636	Simultangr.: GV: OR 638 II Sukzessivgr.: GV: 636	Simultangr.: GV: OR 638 II Sukzessivgr.: GV: OR 636
-- nachträglich: --- ohne Kapitalerhöhung	Umwandlung: GV: 703/648 I 7)	Umwandlung: GV: 703/655 7) + allenf. SV: OR 654 II, III 7)	Umwandlung bisheriger GS: GV: OR 658 + allenf. SV: OR 657 V 7)
--- mit Kapitalerhöhung 4) ---- aus Gesellschaftsmitteln	GV: OR 703/648 7)	GV: OR 703/655 7) + allenf. SV: OR 654 II, III 7)	GV: OR 703/658 7) + allenf. SV: OR 657 V 7)
---- Zufluss neuer Mittel 5) ---- Ausgabe 3) weiterer, gleich privilegierter Papiere ----- proportionale Erhöhung ----- überproportionale Erhöhung ----- unterproportionale Erhöhung	GV: OR 703 GV: OR 648 I GV: OR 703/648 7)	GV: OR 703 GV: OR 654 I / 655 GV: OR 703/655 7)	GV: OR 703 GV: OR 657 I / 658 GV: OR 703/658 7)
- Abänderung 6) --- indirekt, materiell --- durch Ausgabe 3) weiteren, noch privilegierter Papiere	GV: OR 648 I 13)	GV: OR 655 + SV: OR 654 II oder III 12)	GV: OR 658 + SV: OR 657 V 14)
--- durch Ausgabe weiterer, weniger privilegierter Papiere --- direkt, formell 8)	GV: OR 648 I GV: OR 703	GV: OR 655 GV: OR 654 III, 655 + SV: OR 654 III i.V.m. 655	GV: OR 658 GV: OR 658 SV: OR 657 V
- Aufhebung 10) -- der Bevorzugung	GV: OR 703	GV: OR 654 III/655 + SV: OR 654 III/655	SV: OR 657 V
-- der Papiere 11)	Zustimmung der Berechtigten	Zustimmung der Berechtigten	SV: OR 657 V

Legende:

GV: Generalversammlung
 SV: Sonderversammlung, vgl. vorne RZ 2ff, 27ff, 269ff, 309ff.

- 1) Vgl. zu diesen Begriffen vorne § 2 RZ 16ff und vorne RZ 64, 69, 94 f sowie RZ 86, 180, 263, 273ff und 297ff.
- 2) Vgl. vorne RZ 69ff, 87ff.
- 3) Vgl. zu diesen Begriffen vorne RZ 140, 273.
- 4) Vgl. vorne RZ 190ff, 275, 299f, 308, 334ff.
- 5) Vgl. vorne RZ 210ff, 278, 315.
- 6) Vgl. vorne RZ 218ff, 284ff, 313f.
- 7) Die Anwendung des qualifizierten Quorums (bzw. des Sonderversammlungsbeschlusses) hängt davon ab, ob die bisherigen Aktionäre (bzw. die bisherigen Stimmrechts- und Vorzugsaktionäre bzw. Genussscheininhaber) geschädigt sind, vgl. dazu vorne RZ 143ff, 274, 309ff.
- 8) Vgl. vorne RZ 288ff, 317ff, 334f.
- 9) Diese Quoren beziehen sich grundsätzlich nur auf die entsprechenden Beschlüsse, welche über die Ausgabe, Aenderung und Aufhebung der Beteiligungspapiere direkt entscheiden, es sind aber immer noch entsprechende Statutenänderungsbeschlüsse der GV notwendig (vgl. OR 627 Ziff. 9 und 10 sowie OR 654 I und 657 I i. V. m. OR 698 I Ziff. 1 und 5). für diese gilt grundsätzlich das Quorum von OR 703, oder ein davon abweichendes statutarisches Quorum. Ist mit dem ersten Beschluss der GV gleichzeitig das Statutenänderungsquorum erreicht, so braucht m. f. nicht noch ein entsprechender Statutenänderungsbeschluss durchgeführt zu werden.
- 10) Vgl. vorne RZ 288ff, 317ff, 334f.
- 11) Zur Umwandlung vgl. vorne RZ 190ff. Zur Zusammenlegung vgl. vorne RZ 204ff.
- 12) Ausgabe privilegierter Vorzugsaktien: 654 II/655. Ausgabe privilegierter Genussscheine: 654 III/655. RZ 180ff.
- 13) Es kommt keine Konkurrenz zu anderen als Stimmrechtsaktien in Frage, vgl. OR 656 II, 657 IV und vorne RZ 288ff.
- 14) Gilt für Benachteiligung sowohl durch weitere Genussscheine wie auch durch Vorzugsaktien, vgl. vorne RZ 288.

XIV. OR 701

1. Quorum

a) Umschreibung

322 Das Quorum erfordert die **Anwesenheit** ⁶³⁵ der **Eigentümer oder Vertreter sämtlicher Aktien**.

b) Art

323 Es handelt sich um ein **absolut zwingendes, maximal erschwertes (Kopf-) Aktien-Präsenzquorum**, welches sich auf **sämtliche Aktionäre und sämtliche Aktien** bezieht ⁶³⁶.

c) Sinn und Zweck

324 Vgl. vorne § 3 RZ 32, 40ff, 48ff, 64ff, 74f, 76f.

d) Berechnung

325 Vgl. dazu vorne § 4 RZ 52ff, 74ff, 76, 86

e) Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten

326 Vgl. dazu vorne § 5 RZ 10, 14, 22ff, 40

2. Anwendungsbereich, Bedeutung des Quorums

327 Das Quorum gilt für **Universalversammlungen** ⁶³⁷. Ist es eingehalten, so liegt - falls kein Widerspruch erhoben wird ⁶³⁸ - stets eine Universalversammlung vor ⁶³⁹. Es ist somit nicht nur die Voraussetzung für das

635 Vgl. OR 701 II.

636 Vgl. vorne § 2 RZ 4ff, 17ff, 20ff, 27, 54.

637 Vgl. ausführlich vorne RZ 20ff.

638 Vgl. OR 700 I und vorne RZ 25ff.

Zustandekommen von deren Beschlüssen ⁶⁴⁰, sondern für ihre **Existenz** überhaupt ⁶⁴¹.

328 Daraus folgt, dass eine Versammlung, welche die für eine Universalversammlung erforderliche Quorumsvorschrift nicht erfüllt ⁶⁴², überhaupt **keine Beschlüsse** fassen kann, also weder negative, noch positive ⁶⁴³. Dennoch gefällte Entscheide sind weder nichtig, noch anfechtbar, sondern überhaupt **nicht zustandegekommen** ⁶⁴⁴. Dies folgt m.E. auch aus einer analogen Anwendung von OR 700 II auf die Universalversammlung. Ist eine GV rechtlich nicht als solche zu betrachten bzw. von Gesetzes wegen **unfähig, irgendwelche Beschlüsse** zu fassen, wenn die Traktanden nicht ordentlich angekündigt wurden ⁶⁴⁵, so gilt dies auch betreffend die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Universalversammlung. Diese Voraussetzung ist das **Erreichen des geforderten Präsenzquorums** ⁶⁴⁶. Im Unterschied zu den übrigen Fällen, wo Präsenzquoren normiert sind ⁶⁴⁷ ist dieses hier - wie die . bd; Ankündigung bei der ordentlichen GV - eine **Entstehungsvoraussetzung** für das Organ, welches GV-Beschlüsse fassen kann ⁶⁴⁸.

329 Diese Folgen treten ein, wenn nur **ein einziger Aktionär (oder Vertreter) nicht erscheint** oder die Versammlung vor der entsprechenden Beschlussfassung **verlässt** ⁶⁴⁹.

639 Vgl. vorne a.a.O.

640 Vgl. vorne a.a.O.

641 Vgl. vorne RZ 26.

642 Eine "Konversion" in eine gewöhnliche GV scheitert i.d.R. an den nicht eingehaltenen Einberufungsvorschriften (vgl. OR 700 II).

643 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 84ff und vorne a.a.O.

644 Die entsprechenden Diskussionen betreffend Nichtigkeit und Anfechtbarkeit dennoch gefasster "Beschlüsse" erübrigen sich m.E. deshalb, vgl. etwa Strub 106; Bianchi 75; Funk Art. 706 N 1 Abs. 10. Gleicher Meinung wie hier im Ergebnis Bürgi Art. 701 N 6 (unklar aber in N 3) und offenbar das Zürcher Handelsgericht in einem Entscheid vom 25. Juni 1959 (vgl. Bianchi, 75 FN 39).

645 Vgl. OR 700 II und vorne RZ 3ff, 6.

646 Vgl. dazu vorne RZ 25.

647 Vgl. vorne § 1 RZ 84ff.

648 Im Ergebnis gleich, Bürgi a.a.O. N 6 und 11; Funk a.a.O. N 1; Gloor 103; Strub 104f.

649 Jacusiel 6; Gloor 104; Bürgi a.a.O. N 6f; Funk a.a.O. N 1; Strub 105. Unhaltbar die Ansicht von U.G. Frei 48, wonach "zahlreiche" Aktionäre die Versammlung verlassen müssen.

330 Daraus folgt weiter, dass es unerheblich ist, ob dieser einzige Aktionär das Abstimmungsresultat **überhaupt beeinflusst hätte** oder nicht, weil die Versammlung ohnehin keine Generalversammlung mehr ist, d.h. keine Beschlüsse mehr fassen kann. Sodann kann sich allgemein nicht nur derjenige auf Präsenzquoren berufen, welcher nachweist, dass er über ausreichend Stimmen verfügt, um das Abstimmungsresultat an der konkreten Beschlussfassung zu beeinflussen. Dies lässt sich weder mit dem Zweck dieser Quoren ⁶⁵⁰ welcher gerade die Kapitalminderheitschützen will, vereinbaren, noch wäre diese vom Gesetz nicht geforderte Zusatzvoraussetzung im Einzelfall nachweisbar: Ein Aktionär kann das Abstimmungsresultat nämlich nicht nur stimmenmässig, sondern auch **faktisch** beeinflussen, z.B. durch Voten in der vorgängigen Diskussion.

331 Die **vor dem Weggehen** eines Aktionärs oder Vertreters ⁶⁵¹ gefassten Beschlüsse sind aber **dennoch gültig** ⁶⁵². Dasselbe gilt für die **nach Ankunft des "letzten" Aktionärs** gefassten Beschlüsse ⁶⁵³. Die Versammlung wird im letzteren Falle einfach **nachträglich zu einer Universalversammlung** ⁶⁵⁴, im ersteren Falle war sie es **bis zum Weggang eines Aktionärs** ⁶⁵⁵ und wird es wieder, wenn er **zurückkommt**.

332 Dieselben unter RZ 329 - 331 festgehaltenen Folgen gelten auch dann, wenn ein Aktionär **Widerspruch** erhebt ⁶⁵⁶ ⁶⁵⁷. Dies kann er bezüglich **der ganzen Versammlung** sowie auch nur in bezug auf einen **einzel-**

650 Vgl. vorne § 3 RZ 29ff.

651 Dafür, dass gültige Beschlüsse auch dann zustandekommen, wenn ein Vertreter, z.B. infolge einer Aenderung der Traktanden an der Versammlung bei der Abstimmung seine Vollmacht überschreitet mit überzeugender Begründung Bianchi, 74 FN 31. Unsicher: Bürgi a.a.O. N 15.

652 Vgl. Schucany a.a.O. N 3; Bürgi a.a.O. N 6 und 11.

653 Vgl. Bürgi N 1; Gloor a.a.O. 103ff.

654 Vgl. Bürgi a.a.O.

655 Bürgi a.a.O. N 6; Bianchi 75; Strub 105; Hensel 211.

656 Vgl. Bürgi a.a.O. N 10ff; Strub 105f; Bianchi a.a.O.; Haeffliger 12: "Kein Aktionär muss es sich gefallen lassen, dass eine Versammlung, an der er teilnimmt, als Universalversammlung gewertet werde."

657 Nach Bürgi (a.a.O. N 12f) muss der Widerspruch vor der Behandlung eines Traktandums erhoben werden. Offenbar soll damit verhindert werden, dass das Widerspruchsrecht nicht zu einem Vetorecht wird (vgl. Strub 105). Letztere Möglichkeit hat der Aktionär aber jederzeit, indem er die Versammlung verlässt. M.E. ist daher auch der Widerspruch jederzeit zulässig, weil die beiden Oppositionsmöglichkeiten absolut gleich zu behandeln sind, m.a.W. weil das jeweilige Weggehen eines an der Versammlung Anwesenden durch seinen Widerspruch soll ersetzt werden können, vgl. Bürgi a.a.O. N 11. Gleicher Meinung mit anderer Begründung, Strub a.a.O.

nen Beschluss (jedoch stets **vor** der Beschlussfassung) tun ⁶⁵⁸. Im ersteren Falle kommt die Universalversammlung **nicht zustande**, im zweiten Falle trifft dies einfach für **die entsprechenden Beschlüsse** bzw. den entsprechenden Zeitraum zu ^{659 660}.

333 Die **Abstimmungen** erfolgen sodann nach den für die entsprechenden GV-Beschlüsse erforderlichen Quoren ^{661 662}. Das Präsenzquorum entfaltet **keine Wirkung** auf die **Beschlussfassung** ⁶⁶³. Die anwesenden Aktionäre sind auch nicht verpflichtet, an den Abstimmungen teilzunehmen. Sie können sich also der Stimme enthalten und daher allenfalls nur **negative Beschlüsse** fassen ⁶⁶⁴. Dies hat keinen Einfluss auf das **Bestehen der Versammlung** ⁶⁶⁵.

XV. OR 703

1. Quorum

a) Umschreibung

334 Das Quorum erfordert die "**absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen**".

658 Vgl. vorne § 4 RZ 11.

659 Vgl. vorne a.a.O.

660 Erhebt ein Aktionär vor der Versammlung schriftlich bei der Verwaltung oder beim Protokollführer Widerspruch und erscheint er dennoch an der Versammlung, so muss er seinen Widerspruch dort ausdrücklich wiederholen, ansonsten Verzicht angenommen wird (vgl. Bürgi a.a.O. N 11 und Schucany a.a.O. N 1).

661 Die Universalversammlung ist ja im Moment ihres Zustandekommens eine ganz gewöhnliche Generalversammlung, vgl. vorne RZ 20.

662 Vgl. Bürgi a.a.O. N 2, 14; F. von Steiger a.a.O. 194 und vorne a.a.O.

663 Vgl. Bürgi a.a.O. N 5; F. von Steiger a.a.O. 194.

664 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 84ff.

665 Vgl. Bürgi a.a.O. N 5.

b) Art

335 Es handelt sich um ein (ganzheitlich) **dispositives** ⁶⁶⁶ **reines Kapital- bzw. Aktienzahl-Stimmenquorum** ⁶⁶⁷, welches auf die **absolute Mehrheit** ⁶⁶⁸ und das **vertretene Grundkapital** bzw. die **vertretene Aktienzahl abstellt** ⁶⁶⁹.

c) Sinn und Zweck

336 Vgl. dazu vorne § 3 RZ 3ff, 8ff, 73, 81.

d) Berechnung

337 Vgl. dazu vorne § 4 RZ 39, 59ff, 72, 75, 81ff, 87, 90, 93f.

e) Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten

338 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 58ff, 79, 88; § 5 RZ 12, 26ff, 41ff.

2. Anwendungsbereich, Abgrenzung von den übrigen Quoren

339 Das Quorum normiert das allgemein im Körperschaftsrecht geltende **Mehrheitsprinzip** ⁶⁷⁰ und ist anwendbar für die **Beschlüsse** ⁶⁷¹ und **Wahlen** der Generalversammlung ⁶⁷².

340 Eine **Wahl** ist "eine durch ihren Gegenstand, nämlich die Uebertragung eines Mandates, gezeichnete Beschlussfassung." ⁶⁷³

⁶⁶⁶ Vgl. vorne § 5 RZ 12.

⁶⁶⁷ Vgl. vorne § 2 RZ 7ff, 14ff, 17ff.

⁶⁶⁸ Vgl. vorne § 2 RZ 42ff.

⁶⁶⁹ Vgl. vorne § 2 RZ 16.

⁶⁷⁰ Vgl. vorne § 1 RZ 79, 88.

⁶⁷¹ Vgl. vorne § 1 RZ 36f.

⁶⁷² Vgl. vorne § 1 RZ 38ff.

⁶⁷³ Vgl. Funk Art. 703 N 1 und Rohrer 6 Anm. 31 sowie BGE 95 II 555. Zu den Wahlverfahren vgl. vorne § 2 RZ 51ff; § 4 RZ 85.

341 Wie schon vorne dargelegt ⁶⁷⁴, gilt dieses Quorum oder ein davon abweichendes statutarisches Quorum für **sämtliche Beschlüsse der GV, für welche das Gesetz oder die Statuten nicht ein davon abweichendes, besonderes Quorum vorsehen**. Nach der hier vertretenen Ansicht gilt es damit "subsidiär" zu sämtlichen weiteren reinen Stimmenquoren ⁶⁷⁵. Ein solches besonderes gesetzliches Stimmenquorum findet sich etwa in OR 635 III ⁶⁷⁶.

342 Stimmenquoren finden sich aber auch in den **gemischten Präsenz-/Stimmenquoren** ⁶⁷⁷. Auch diese gehen OR 703 bzw. dem entsprechenden statutarischen Quorum grundsätzlich vor. Wie vorne gezeigt wurde ⁶⁷⁸, unterscheiden sich diese Quoren von den reinen Stimmenquoren lediglich dadurch, dass sie zum voraus berechnet werden können ⁶⁷⁹ und deshalb nicht variabel sind. Solche Präsenz-/Stimmenquoren finden sich im Gesetz in OR 636 ⁶⁸⁰, i.V.m. 650 ⁶⁸¹, 638 II ⁶⁸², 646 I ⁶⁸³, 648 I ⁶⁸⁴, sowie auch für die Versammlung der Genussscheininhaber in OR 647 V.

343 Hat eine Gesellschaft aber **Stimmrechtsaktien** ausgegeben, so stimmen bei denjenigen Präsenz-/Stimmenquoren des Gesetzes oder der Statuten, welche auf das Kapital abstellen ⁶⁸⁵, das nach diesem zu berechnende Präsenzquorum und das nun nach der Aktienzahl zu berechnende Stimmenquorum u.U. nicht überein, weshalb hier - wie vorne gezeigt wurde - **kumulativ** das Stimmenquorum von OR 703 oder das statutarische Stimmenquorum erfüllt sein müssen ⁶⁸⁶. OR 703 ist daher nur im Verhältnis zu weiteren "reinen" Stimmenquoren subsidiär anzuwenden ⁶⁸⁷.

674 Vgl. vorne § 1 RZ 58ff.

675 Vgl. zu den anderen Ansichten, welche dieses Quorum für **jede Beschlussfassung der GV** angewendet haben wollen § 4 RZ 69 FN 256.

676 Vgl. vorne RZ 58ff.

677 Vgl. vorne § 4 RZ 66ff und § 2 RZ 11ff.

678 Vgl. vorne a.a.O.

679 Vgl. vorne § 2 RZ 11.

680 Vgl. vorne RZ 69ff.

681 Vgl. vorne RZ 260ff.

682 Vgl. vorne RZ 87ff.

683 Vgl. vorne RZ 95ff.

684 Vgl. vorne RZ 107ff.

685 Vgl. OR 636 und 648 I. Betreffend OR 646 I akzentuiert sich diese Problematik nicht, da hier ein (Kopf-) Aktienzahlquorum normiert wurde, welches das von OR 703 übersteigt. Betreffend die Rechtslage bei der Anwendung von OR 638 II kommen die Vorschriften der bestehenden AG ohnehin noch nicht zum Zug, vgl. vorne § 2 RZ 27 FN 71.

686 Vgl. vorne § 4 RZ 69.

344 Normieren das Gesetz oder die Statuten schliesslich **"reine" Präsenzquoren** ⁶⁸⁸, so haben diese **keinen Einfluss** auf die für die konkrete Abstimmung anzuwendenden Stimmenquoren, weil sie gerade dadurch definiert sind, dass sie ausschliesslich **Anwesenheitsvorschriften** aufstellen ⁶⁸⁹. **Besondere** Präsenzquoren, welche nur für spezielle Beschlussfassungen gelten, gehen **allgemeinen** Präsenzquoren, welche - analog OR 703 - grundsätzlich für jeden Beschluss der GV eine bestimmte Präsenz vorschreiben und - da das Gesetz kein solches Quorum enthält - ausschliesslich auf statutarischer Grundlage bestehen können, vor. Das allgemeine Präsenzquorum gilt sodann **subsidiär** ⁶⁹⁰. Besondere reine Präsenzquoren finden sich im Gesetz etwa in OR 649 I und II ⁶⁹¹, sowie. 655 ⁶⁹² und 658 ⁶⁹³, ein allgemeines Präsenzquorum in OR 701 ⁶⁹⁴.

345 Betreffend die **Kapital-/Präsenz-/Stimmenquoren** ⁶⁹⁵ ist aber wiederum ein Vorbehalt zu machen: ein allfällig normiertes allgemeines Präsenzquorum ist hier kumulativ zu erfüllen ⁶⁹⁶. Ein allgemeines Präsenzquorum ist daher wie auch das allgemeine Stimmenquorum lediglich in bezug auf die weiteren "reinen" Präsenzquoren subsidiär einzuhalten ⁶⁹⁷.

687 Vgl. vorne RZ 341.

688 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 6; § 7 RZ 322.

689 Vgl. vorne § 2 RZ 4ff.

690 Vgl. vorne RZ 341 analog.

691 Vgl. vorne RZ 235ff.

692 Vgl. vorne RZ 264ff.

693 Vgl. vorne 294ff.

694 OR 701 ist insofern ein allgemeines Präsenzquorum, als es zwar nicht für jede Beschlussfassung der GV, jedoch für jeden Beschluss einer besonderen GV, der Universalversammlung, gilt. Ist es - als maximal erschwertes Präsenzquorum - eingehalten, so sind auch sämtliche übrigen Präsenzquoren eingehalten, obwohl diese OR 701 - als besondere Quoren - vorgehen. Jedoch sind bei der Beschlussfassung hier nicht nur das allgemeine Stimmenquorum, sondern, da diese Versammlung grundsätzlich über sämtliche Geschäfte, welche der GV zustehen, beschliessen kann, auch die speziellen (Präsenz-) Stimmenquoren kumulativ einzuhalten, vgl. vorne RZ 341.

695 Vgl. dazu vorne RZ 341 analog.

696 Vgl. vorne RZ 343 analog.

697 Vgl. oben a.a.O.

ANWENDUNG ALLGEMEINER UND BESONDERER PRAESENZ- UND STIMMENQUOREN

346

	Besondere 2) reine Präsenz- quoren (OR 649 I, II, 655, 658 oder statutarische)	Besondere reine Stimmen- quoren (OR 635 III, E 704 I oder statutarische)	Gemischte Präsenz-/Stimmen- quoren (v.a. OR 636, 648 I)
Allgemeines 1) Präsenzquorum (OR 701, 3) allfälliges statutarisches Quorum)	gehen dem allgemeinen Präsenzquorum vor	haben keinen Einfluss auf die Präsenzquoren. Es gilt das allgemeine oder kein Präsenzquorum	sind kumulativ zum allge- meinen Präsenzquorum anzu- wenden
Allgemeines Stimmenquorum (OR + E 703 oder ein davon abweichendes statuti- sches allgemeines Stimmen- quorum)	haben keinen Einfluss auf die Stimmenquoren. Es gilt OR 703 oder ein statuti- sches Stimmenquorum	gehen dem allgemeinen Stimmenquorum vor	sind kumulativ zum allge- meinen Stimmenquorum anzu- wenden

- 1) Allgemeine Quoren sind solche, welche nicht nur für einen besonderen, sondern für jeden Beschluss gelten, vgl. vorne RZ 341.
- 2) Besondere Quoren gelten nur für bestimmte Beschlüsse, vgl. vorne RZ 342.
- 3) **OR 701** ist ein **spezielles "allgemeines" Präsenzquorum**, welches für eine **bestimmte Generalversammlung** gilt und ein allfälliges allgemei-
nes Präsenzquorum für Beschlüsse dieser Versammlung derogiert, vgl. vorne RZ 344.

§ 8 VERWALTUNGSRATS-QUOREN

I. BEGRIFF DES VERWALTUNGSRATS

1 Wie schon der Begriff der Generalversammlung, so setzt auch derjenige des Verwaltungsrats nach allgemeinem Sprachgebrauch die Zusammenkunft einer **Mehrheit von Personen** voraus ¹.

2 Für den Verwaltungsrat bestimmt **OR 712 I** aber ausdrücklich, dass dieser begrifflich ein mehrköpfiges Organ darstellen kann.

3 Zusätzlich erwähnen **OR 707 I** und **715 II**, dass die Verwaltung aber auch aus nur **einem Mitglied** bestehen kann ².

4 Der Terminus "**Verwaltung**" stellt einerseits den **Oberbegriff** für dieses **Organ** ³ und andererseits einen **bestimmten Teil von dessen Tätigkeit** ⁴ dar, während der Begriff des **Verwaltungsrats** schliesslich der engste ist, indem er lediglich das mit mehreren Personen besetzte **Verwaltungsorgan** bezeichnet ⁵.

1 Vgl. vorne § 7 RZ 2.

2 Vgl. demgegenüber die Regelung für die Genossenschaft in OR 894 I, wo bestimmt wird, dass deren Verwaltung aus mindestens drei Personen besteht.

3 Vgl. Bürgi Art. 713 N 1 und ProtExp 1928, 359.

4 Mit "Verwaltung" wird ja häufig auch diejenige Tätigkeit dieses Organs gleichgestellt, welche "primär die oberste, nicht oder zumindest nicht vollumfänglich delegierbare Exekutiv-tätigkeit" darstellt und der Geschäftsführung gegenübergestellt, welche selbständige Entscheidungsbefugnisse sowie die Möglichkeit einer wenigstens indirekten Beeinflussung von Verwaltungsratsbeschlüssen umfasst und geeignet ist, unmittelbar zur Realisierung des Gesellschaftszweckes beizutragen" (Meier-Wehrli 6ff, 9 und 12. Vgl. auch Forstmoser, Verantwortlichkeit RZ 480).

5 Vgl. OR 707 ff und F. von Steiger, Verwaltungsrat 3 sowie ProtExp a.a.O.

II. FUNKTION DES VERWALTUNGSRATS

5 Vgl. dazu insbesondere Schulthess 70ff; A. Plüss, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes (erscheint 1989) § 1/B/I/1ff und vorne § 1 RZ 49.

III. PFLICHT DER MITGLIEDER ZUR TEILNAHME AN DER WILLENSBILDUNG

6 Die Mitglieder des Verwaltungsrats erwerben diese Stellung nicht (nur) ⁶ durch die Uebernahme eines bestimmten Kapitalanteils der Gesellschaft, sondern durch eine **förmliche Wahl** ⁷ der Generalversammlung. Es können nur **natürliche Personen** gewählt werden ⁸.

7 Während die Pflichten der Generalversammlung als Aufgaben des Gesamtorgans normiert sind und deren Verletzung keine Konsequenzen bei den Aktionären zeitigt ⁹, betreffen die Pflichten des Verwaltungsrats **jedes einzelne Mitglied**, und diese haben für deren Nichterfüllung auch **persönlich einzustehen** ^{10 11}. Das Verhältnis der Verwaltungsräte zur Gesellschaft erschöpft sich denn auch nicht wie dasjenige der Aktionäre in einer Vielzahl von Rechten und nur einer Pflicht ¹², sondern es beinhaltet Elemente der **Organstellung**, aber auch des **Arbeitsvertrags** und **Auftrags**, d.h. **zahlreiche Pflichten** für das einzelne Mitglied. Es ist somit **personen-** und nicht kapitalbezogen ¹³. Im Zentrum steht beim Verwaltungsrat das **Wissen**, die **Erfahrung** und der **Einsatz** seiner Mitglieder, bei der GV dagegen die Kapitalvereinigung ¹⁴.

6 Vgl. OR 707 II.

7 Vgl. vorne bei § 7 RZ 340.

8 Vgl. OR 707 III. Dagegen können an die Stelle von juristischen Personen ihre Vertreter gewählt werden, vgl. OR 707 III.

9 Vgl. vorne § 4 RZ 52, 120.

10 Vgl. hinten RZ 12.

11 Der Gesamtverwaltungsrat steht dagegen in keinem Rechtsverhältnis zur Gesellschaft, vgl. Bürgi Art. 713 N 1; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 230.

12 Vgl. OR 680 und 689ff und Forstmoser/Meier-Hayoz § 35 sowie Haefliger 79 m.w.H.

13 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 23 N 2b) und c) und Bürgi Art. 713 N 1 m.w.H.; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 244; Schucany, Beschlussfassung 172; Schaub 159ff.

14 Vgl. Weber-Dürler 43f.

8 Nach **OR 722 I** haben die Mitglieder der Verwaltung insbesondere die **Pflicht, die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten** ¹⁵. Durch die Annahme des Verwaltungsratsmandates wird damit eine besondere Sorgfalts- und Treuepflicht begründet ¹⁶. Nicht die eigenen Interessen, sondern diejenigen der Gesellschaft sind zu wahren ¹⁷. Die Mitglieder der Verwaltung haben somit alles zu unterlassen, was zu einer Gefährdung der berechtigten Interessen der Gesellschaft führt ¹⁸.

9 Im Gegensatz zu den der AG beitretenden Aktionären ¹⁹ übernimmt das Mitglied eines Verwaltungsrates mit der Annahme seiner Wahl insbesondere die **Pflicht, an den Organfunktionen des Gesamtverwaltungsrates teilzunehmen** ²⁰. Es muss "seine Mitwirkung leisten zum Zustandekommen der notwendigen und gerechtfertigten Massnahmen" ²¹. Da der Verwaltungsrat als **Kollegium** ²² seine Funktion grundsätzlich in **Sitzungen** ausübt ²³, muss das Mitglied an diesen Sitzungen und insbesondere an den Beratungen teilnehmen und, falls notwendig, materielle und **Verfahrensanträge stellen** und an der Beschlussfassung - allenfalls auf dem Zirkulationsweg ²⁴ - **mitstimmen** ²⁵, denn "ohne die pflichtgemässe Beteiligung an der Tätigkeit des Kollegiums ²⁶ kann der Verwaltungsrat überhaupt nicht in Funktion treten" ²⁷. Schon **Stimmhaltung, Stillschweigen** und **passives Verhalten** können also die Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats (an die das

15 Vgl. dazu Stauber 32f; Forstmoser/Meier-Hayoz § 24 N 13ff; Bürgi Art. 722 OR N 3ff; M. Burckhardt 49ff; F. von Steiger, a.a.O. 229f.

16 Forstmoser/Meier-Hayoz a.a.O.; F. von Steiger, Verwaltungsrat 4; derselbe, Aktiengesellschaft 229; Schulthess 53.

17 F. von Steiger, Aktiengesellschaft a.a.O.; Forstmoser/Meier-Hayoz § 24 N 16.

18 Schulthess 53.

19 Vgl. vorne § 4 RZ 52, 120.

20 Forstmoser/Meier-Hayoz a.a.O. § 23 N 4; Schucany, Verantwortlichkeit 229; F. von Steiger, Verwaltungsrat 11; Kolb 54; Schulthess a.a.O. 61; Bürgi Art. 713 N 1; G. Schucany, Willenbildung 4 m.w.H., welcher dafür hält, dass diese Pflicht unabhängig von der rechtzeitigen Ladung unter Ankündigung der Traktanden und der Zumutbarkeit des Erscheinens besteht, vgl. dazu auch Stauber 62; Wolfers 22 und Schucany, Beschlussfassung 168.

21 F. von Steiger, Aktiengesellschaft 233.

22 Vgl. vorne RZ 4.

23 F. von Steiger a.a.O.

24 Vgl. dazu nachfolgend RZ 19ff.

25 Vgl. Stauber a.a.O.; F. von Steiger a.a.O. und derselbe, Verwaltungsrat a.a.O.; Jagmetti 57; Schucany Art. 713 N 1, Art. 722 N 1; derselbe, Verantwortlichkeit 229; derselbe, Beschlussfassung 174; Bürgi Art. 753 N 93, Art. 713 N 1; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 244; Haefliger 79.

26 Bürgi Art. 713 N 1; Stauber a.a.O.

27 Schucany, Verantwortlichkeit a.a.O.

Bundesgericht hohe Anforderungen stellt ²⁸⁾ verletzen ²⁹⁾. **Fernbleiben** ist nur gestattet, wenn das Mitglied wegen "höherer Gewalt" ³⁰⁾ an der Sitzung verhindert ist oder wenn die Abwesenheit nach einem "vernünftigen, den Realitäten des Wirtschaftslebens angepassten Massstab" als unverschuldet erscheint ³¹⁾ ³²⁾.

10 Ist ein Mitglied des Verwaltungsrats mit grundsätzlichen Dispositionen seiner Kollegen **nicht einverstanden**, so muss ein Beschluss ausdrücklich abgelehnt und sollte die ablehnende Meinung an der Sitzung zu **Protokoll** gegeben werden ³³⁾ ³⁴⁾. Im übrigen hat sich das opponierende Mitglied der Mehrheit zu fügen ³⁵⁾, soweit rechtmässige Beschlüsse gefasst werden. Allenfalls kann versucht werden, gefasste Beschlüsse **rückgängig** zu machen ³⁶⁾. Bei grundsätzlicher Meinungsverschiedenheit bleibt letztlich einzig die **Niederlegung des Mandates** ³⁷⁾ ³⁸⁾.

11 Die Pflicht zur Teilnahme an der Willensbildung und insbesondere an den Verwaltungsratssitzungen und zur aktiven Mitwirkung in denselben gilt in jedem Fall. Sie erscheint noch krasser aber dann, wenn infolge von

28 Vgl. BGE 108 V 203, 99 II 179; Bürgi a.a.O. N 93.

29 Vgl. Schucany, Beschlussfassung 174: "Wer sich der Stimme enthält, ist nicht exkulpiert" und derselbe, Verantwortlichkeit 229f.

30 Bürgi a.a.O.

31 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 233 FN 368; vgl. auch Schucany, a.a.O. 173f.

32 Dies trifft für Obstruktion betreibende und deshalb den Sitzungen fernbleibende Mitglieder des Verwaltungsrates nicht zu, vgl. dazu vorne § 4 RZ 108, 119. Diese handeln nicht aus objektiven Verhinderungsgründen, sondern lediglich mit der Absicht, den Verwaltungsrat als ganzes handlungsunfähig zu machen.

33 Forstmoser a.a.O. N 233; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 238; Schucany, Beschlussfassung 173.

34 Oder es muss - bei gerechtfertigter Abwesenheit - seinen Dissens dem Präsidenten schriftlich mitteilen, vgl. Schucany a.a.O. 174.

35 F. von Steiger a.a.O.

36 Beschlüsse des Verwaltungsrats sind grundsätzlich abänderungs- und widerrufsfähig, vgl. BGE 88 II 98 Pra 51 Nr. 105, 323.

37 Bürgi a.a.O.

38 Vgl. auch Schucany a.a.O. 173f: "Frei von Schuld ist das Mitglied, das sein Möglichstes getan hat, um die Ausführung der präjudiziellen Handlungen zu verhindern oder seine schädlichen Folgen zu mildern wozu auch die Anfechtung des bezüglichen Beschlusses gehört ..."

statutarischen **Anwesenheitsquoren** die Beschlussfassung im Verwaltungsrat infolge Fernbleibens in Frage gestellt würde^{39 40}.

12 Die Konsequenzen der Verletzung dieser Pflichten ist die **persönliche Verantwortlichkeit** der pflichtvergessenen Verwaltungsratsmitglieder^{41 42}. Darauf wird hier nicht näher eingetreten⁴³. Erwähnt sei hier nur, dass Voraussetzung für eine persönliche Verantwortlichkeit der Eintritt eines durch das pflichtwidrige Verhalten verursachten Schadens ist⁴⁴. Ist ein solcher Schaden gegeben, dann dürfte auch die persönliche Verantwortung der fehlbaren Verwaltungsratsmitglieder gegeben sein.

IV. ART DER BESCHLUSSFASSUNG

13 Verwaltungsratsbeschlüsse werden im Gesetz lediglich in OR 715 und 716 erwähnt. Dennoch wird über Verwaltungsgeschäfte grundsätzlich in **Beschlussform** entschieden⁴⁵. Betreffend die Art und Weise der Beschlussfassung stehen dem Verwaltungsrat aber im Gegensatz zur GV⁴⁶ mehrere Möglichkeiten offen:

39 Fernbleiben wegen Differenzen um die Traktandenliste erscheint daher z.B. nicht als sachlicher Grund. Ein solches Verhalten ist pflichtwidrig, auch deshalb, weil der Verwaltungsrat seine Funktionen in den Sitzungen selber ausübt und i.d.R. (vgl. OR 717 III) grundsätzlich die gesamte Exekutivtätigkeit der Gesellschaft zu führen oder zumindest zu leiten hat, vgl. F. von Steiger, Aktiengesellschaft 239.

40 Eine Modifikation von Präsenzquoren rechtfertigt das Fernbleiben einzelner Mitglieder aber nicht, selbst wenn der Verwaltungsrat dadurch dauernd beschlussunfähig ist. Es stehen andere Rechtsbehelfe zur Verfügung, vgl. Stauber 232 und vorne § 4 RZ 119. Das pflichtwidrig fernbleibende Mitglied macht sich verantwortlich, vgl. nachfolgend RZ 12. A.M. G. Schucany, Willensbildung, 4f, welcher einer reduzierten Exekutive in Analogie zum staatlichen Recht eine sog. "Notverfügungskompetenz" für Geschäfte von "zweifelsfreier Dringlichkeit" einräumt, mit welcher sie sich über sämtliche Quorumsvorschriften und Einsprüche (z.B. gegen einen Zirkulationsbeschluss) hinwegsetzen könne. G. Schucany geht sogar noch weiter und erklärt, dabei müsse sich die Exekutive auch nach aussen nicht an die gemäss HR-Eintrag notwendige Zeichnung halten. So interessant diese Ausführungen sind, so wenig finden sie im Aktienrecht eine Stütze im Gesetz, in der Lehre oder in der Rechtsprechung. Das öffentliche Recht ist vom Privatrecht derart verschieden, dass es im Aktienrecht höchstens vergleichsweise beigezogen und niemals tel quel übernommen werden kann, vgl. vorne § 1 RZ 9.

41 Vgl. OR 754ff.

42 Zu den Folgen der Funktionsunfähigkeit für die Gesellschaft vgl. § 4 RZ 119.

43 Vgl. insgesamt dazu Forstmoser, Verantwortlichkeit a.a.O. und Schucany, Verantwortlichkeit 229.

44 Vgl. G. Schucany, Willensbildung 5f.

45 Vgl. vorne § 1 RZ 27ff, 39ff, 46ff, 49, 56.

46 Vgl. vorne § 1 RZ 43ff und hinten RZ 19ff.

1. Sitzungsbeschlüsse

14 Gerade weil der Verwaltungsrat personen- bzw. persönlichkeitsbezogen ausgestaltet ist, und die Person des Bewerbers bei der Wahl eine grosse Rolle spielt, ist die Willensbildung an den Sitzungen, wo vorgängig der Abstimmung⁴⁷ beraten, informiert und diskutiert wird, **besonders wichtig**⁴⁸: "Der Sinn der personenbezogenen Gesellschaften liegt in der Vereinigung von Wissen und Erfahrung ihrer Mitglieder"⁴⁹. Diese Ausführungen gelten auch für die in der Regel mit wenigen Personen besetzten Verwaltungsräte.

15 Auch Verwaltungsratssitzungen müssen - damit das Teilnahmerecht der Mitglieder gewahrt ist - **einberufen** werden. Obwohl aber das Postulat aufzustellen ist, dass auch diese Ankündigung innerhalb einer gewissen **Frist** unter Angabe der **Traktanden** erfolgt⁵⁰⁵¹, sind diese beiden Spezialvoraussetzungen - im Gegensatz zum Recht der Generalversammlung, wo das Gesetz selber die Nichtigkeitsfolge aufstellt⁵² - **keine Gültigkeitserfordernisse** für Verwaltungsrats-Beschlüsse⁵³. Zwar ist den nach ihrer Meinung nicht formrichtig eingeladenen anwesenden und abwesenden Mitgliedern ein **Einspruchsrecht** zuzubilligen⁵⁴, welches von der Versammlung beachtet werden und diese von einer entsprechenden (positiven) Beschlussfassung hindern soll. Die Nichtbeachtung entsprechender Proteste zieht aber im Recht des Verwaltungsrats **keine Folgen nach sich**⁵⁵. Die Informationen soll sich das "aktive" Verwaltungsratsmitglied vor allem in einer kleinen Aktiengesellschaft, bei welcher der Gesamtverwaltungsrat, der oft mit den Aktionären identisch ist, die Geschäftsführung besorgt⁵⁶, auch nicht erst an

47 Vgl. dazu § 4 RZ 12ff analog.

48 Vgl. vorne § 1 RZ 31ff.

49 Weber-Dürler 43.

50 Vgl. Bürgi Art. 713 N 23; Schulthess 61 und Stauber 64.

51 "Die Mindestfrist für die Einberufung bestimmt sich subsidiär nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, unter besonderer Berücksichtigung der Dringlichkeit der zu fassenden Beschlüsse sowie der Zusammensetzung des Verwaltungsrates", Stauber 63f, ebenso grundsätzlich Bürgi Art. 713 N 24 und Eigenmann 45 sowie Schulthess 61. Selbst eine sehr kurzfristige Einberufung muss daher - sofern sie sich an obige Grundsätze hält - nicht rechtsmissbräuchlich sein, vgl. Schulthess a.a.O.

52 Vgl. OR 700 I und II und dazu vorne RZ 6 FN 7.

53 Vgl. OR 707ff.

54 Stauber a.a.O.; Bürgi Art. 716 N 2 und G. Schucany, Willensbildung 168.

55 Ebenso G. Schucany a.a.O.; Bürgi a.a.O.; Schulthess 53, 127. A.M. Stauber 64, 167ff, welcher überzeugend für die Möglichkeit der Anfechtung von Verwaltungsratsbeschlüssen votiert und vorne § 6 RZ 22.

der entsprechenden Sitzung, sondern vorher, laufend während des ganzen Geschäftsjahres verschaffen. Es sollte daher grundsätzlich jederzeit auch kurzfristig in der Lage sein, über Gesellschaftsangelegenheiten ⁵⁷ zu beschliessen. Dies im Gegensatz zur Situation des Aktionärs, welcher (ausser einer einzigen, ausschliesslich vermögensrechtlichen ⁵⁸) gegenüber der Gesellschaft keine Pflichten hat. Bei **grossen Aktiengesellschaften**, bei welchen die Geschäftsführung delegiert wurde, bietet die selbständige Information freilich Schwierigkeiten, weshalb die VR-Mitglieder hier vermehrt auf die Auskünfte an den Sitzungen selber angewiesen sind ⁵⁹.

16 Allenfalls ist es zweckmässig, Geschäfte, die nicht aus der Traktandenliste ersichtlich sind und solche, über die kurzfristig entschieden werden muss, statutarisch einem **erschwerten Quorum** zu unterwerfen ^{60 61}.

17 Es kann daher in **jeder Verwaltungsratssitzung**, zu welcher zuvor **jedes Mitglied eingeladen** worden und an welcher wenigstens **ein** solches **erschienen ist**, über jede in die **gesetzliche Kompetenz** ⁶² **des Verwaltungsrats fallende Gesellschaftsangelegenheit gültig beschlossen** ⁶³ **werden** ⁶⁴ Solche Beschlüsse sind selbst dann gültig, wenn sie an Sitzungen beschlossen wurden, welche - gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben oder aufgrund von statutarischen Vorschriften - mangelhaft einberufen worden sind, weil dadurch weder zwingendes Gesetzesrecht, noch fundamentale Grundsätze des Aktienrechts noch Interessen der Oeffentlichkeit verletzt worden sind ^{65 66}. Ein nicht erschienenes oder mangelhaft vorgeladenes und deshalb nicht informiertes Mitglied muss daher seinen Protest zu Protokoll geben und nachträglich versuchen, aufgrund einer Einigung des Verwaltungsrats die entsprechenden Beschlüsse rückgängig zu machen oder schliesslich - als ultima ratio - allenfalls zurücktreten ⁶⁷.

56 Vgl. dazu ausführlich Stauber 91f.

57 Vgl. F. von Steiger, Aktiengesellschaft 234 und Stauber 32ff.

58 Vgl. OR 680 und vorne § 4 RZ 52, 120.

59 Vgl. Stauber 93ff; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 232ff; derselbe, Verwaltungsrat sowie Wolfers 62.

60 Schulthess 61; Allemann 54ff.

61 Vgl. betreffend Sinn und Zweck von erschwerten Quoren vorne § 3 RZ 8ff, 40ff.

62 Vgl. Stauber 32ff.

63 Ebenso F. von Steiger, Verwaltungsrat 11 und derselbe Aktiengesellschaft 233f.

64 Zum Beschlussquorum vgl. nachfolgend RZ 45ff.

65 Vgl. dazu Forstmoser, Aktienrecht § 7 N 64; a.M. Schulthess 56; vgl. vorne § 6 RZ 3ff.

66 Vgl. aber neuestens Stauber, der für die Möglichkeit der Anfechtung von Verwaltungsratsbeschlüssen eintritt, insbesondere 64, 167ff.

18 Analog zum Recht der Generalversammlung⁶⁸ sind jedoch auch für die Verwaltungsratssitzungen **Mindestvoraussetzungen** zu normieren. Diese sind, falls nicht eine Universalversammlung abgehalten wird⁶⁹, die **Einladung jedes Mitgliedes** einerseits, das **Erscheinen wenigstens eines Mitgliedes** und die Beratung und Beschlussfassung über in der **gesetzlichen Kompetenz**⁷⁰ **des Verwaltungsrats liegende Gegenstände** andererseits⁷¹. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so liegt auch hier⁷² **keine Organsitzung** vor, sondern lediglich eine private Zusammenkunft von Organmitgliedern, welche überhaupt keine Beschlüsse für die Gesellschaft fassen kann, auch keine negativen⁷³.

2. Zirkulationsbeschlüsse

19 In OR 716 wird bestimmt, dass die Beschlüsse des Verwaltungsrats auch auf dem Wege der **schriftlichen Zustimmung zu einem Antrag** gefasst werden können, **sofern nicht ein Mitglied die mündliche Beratung verlangt**.

20 "Der Zirkulationsbeschluss bringt insbesondere bei Verwaltungsräten mit grosser Mitgliederzahl eine **Vereinfachung der Beschlussfassung**, was einem ausgesprochenen Bedürfnis des heutigen Wirtschaftslebens entspricht"⁷⁴. Allerdings gehen hier keine Verhandlungen und Beratungen der Beschlussfassung voraus, sondern diese beschränkt sich auf die **reine**

67 Vgl. vorne RZ 10.

68 Vgl. vorne § 7 RZ 6ff.

69 Vgl. hinten RZ 26.

70 Die Verletzung einer statutarisch zugewiesenen Kompetenz zeitigt diese Wirkung hingegen nicht, ebenso: Stauber 215; vgl. auch vorne bei § 6 RZ 15, 22.

71 Im Ergebnis gleich Kolb 53; F. von Steiger, a.a.O.; Jagmetti 106, 111; Kohler 82; Schluép, wohlerworbene Rechte 280; Bürgi Art. 713 N 25 und Art. 716 N 25; (noch weitergehend) Schulthess 57 und schliesslich Stauber 39, 123, 213 (betreffend die Missachtung des Teilnahmerechts) und derselbe 123, 215 (betreffend die Ueberschreitung von gesetzlich zugewiesenen Organkompetenzen). Dem nicht eingeladenen Mitglied wird auch das Anfechtungsrecht betreffend die an der Versammlung gefassten Beschlüsse entzogen (bei VR-Beschlüssen kommt aber nach h.L. und Rechtsprechung nur die Nichtigkeitsklage in Betracht, vgl. vorne § 5), weshalb die Nichtigkeitsfolge bzw. die Konsequenz, dass an einer solchen Versammlung gar keine gültigen Beschlüsse gefasst werden können, hier besonders gerechtfertigt ist, vgl. Stauber 121f.

72 Vgl. vorne § 7 RZ 11.

73 Vgl. vorne a.a.O.

74 Vgl. Schulthess 62; Hofer 28; Bürgi Art. 716 N 13; Stebler 17.

75 Schulthess 63 "An Stelle der direkten Willenserklärungen der Mitglieder des Verwal-

Abstimmung ⁷⁵ ⁷⁶. Deshalb hat sie ihre Bedeutung auch bei kleinen Verwaltungsräten, welche aktiv in der Gesellschaft mitwirken ⁷⁷, sowie ganz allgemein bei unbestrittenen Routinetraktanden, weil hier die Informierung und Willensbildung an der Sitzung selber i.d.R. nicht im Vordergrund steht ⁷⁸. Im Gegensatz etwa zum deutschen Recht ⁷⁹ erwähnt das OR aber z.B. die **telegrafische** oder **fernmündliche** Beschlussfassung nicht. Schriftlichkeit umfasst gemäss OR 11ff, insbesondere gemäss OR 13 I die handschriftliche Unterzeichnung der durch die Urkunde verpflichteten Personen. Gemäss OR 13 II gilt als schriftliche Form auch der Brief oder das Telegramm, "vorausgesetzt, dass der Brief oder die Aufgabendepesche die Unterschrift derjenigen trägt, die sich verpflichten". Unter diesen Voraussetzungen ist also auch die **telegrafische Zustimmung zulässig** ⁸⁰. Weil das geltende OR wie auch der Entwurf ⁸¹ ausdrücklich die schriftliche Zustimmung erwähnen, ist daher die **mündliche Zustimmung** z.B. in einem Telefongespräch ⁸² oder z.B. anlässlich eines Treffens des Vorsitzenden ⁸³ mit einem Mitglied **unzulässig**. Zum Quorum vgl. nachfolgend RZ 34ff.

tungsrates treten zeitlich verzögerte, schriftliche Zustimmungen, die jedoch in gleicher Weise an die Adresse des Präsidenten zu richten sind" (m.H. auf Stebler 19ff), vgl. auch Schucany, Beschlussfassung 168 und Funk Art. 716 N 2.

- 76 Ein Teil der Lehre fordert, dass diese Art der Beschlussfassung lediglich für **weniger wichtige Beschlüsse** gewählt werden könne (Stebler a.a.O.) bzw. "nur ausnahmsweise, beim Vorliegen **ernsthafter Gründe**" (Bürgi a.a.O.) und dass "wenigstens **einmal pro Geschäftsjahr**" eine Sitzung stattzufinden habe" (Eigenmann 44). Eine solche Einschränkung ergibt sich aber nicht aus dem Gesetz, weshalb es m.E. zulässig ist, sämtliche Beschlüsse auf dem Zirkularweg zu fassen. Voraussetzung dafür ist, dass der Verwaltungsrat seine Pflichten nicht verletzt. Kommt er der Diskussion, Information und somit der Willensbildung i.w.S. nach, so erübrigt sich m.E. bei einer solchen "aktiven" Verwaltung (welche z.B. auch die Geschäftsführung selber besorgt) die Abhaltung von förmlichen Sitzungen zur Beschlussfassung und es kann die Willensbildung auf dem Zirkularweg durchgeführt werden.

77 Vgl. vorne RZ 15.

78 Vgl. vorne a.a.O.

79 Vgl. § 108 IV (d)AktG.

80 Vgl. Schulthess 63; Funk Art. 716 N 2; Bürgi a.a.O. N 14; vgl. auch die Statuten der Brauerei Feldschlösschen, AG (1983) § 20 I: "Beschlüsse des Verwaltungsrats können auf dem Wege schriftlicher oder telegrafischer Zustimmung zu einem gestellten Antrag gefasst werden."

81 Vgl. OR 716 I und E 713 II.

82 Ebenso F. von Steiger, Aktiengesellschaft 234; vgl. aber nachfolgend RZ 21.

83 Vgl. auch Schulthess a.a.O.

3. Telefon-Konferenzbeschlüsse

21 Die fernmündliche Beschlussfassung mittels eines **Konferenzgespräches** ist m.E. - aufgrund einer **Lückenfüllung "a maiore minus"** ⁸⁴ abgeleitet von der Möglichkeit der Zirkularbeschlüsse ⁸⁵ - als Beschlussfassungsart "sui generis" **zulässig**: Kann die Beschlussfassung an einer Sitzung und somit unter der persönlichen Anwesenheit der Verwaltungsratsmitglieder und der damit verbundenen Möglichkeit der Beratung und Diskussion ersetzt werden durch die schriftliche Zustimmung zu einem Antrag, so ist auch die telefonische Abhaltung der Sitzung mittels eines Konferenzgespräches - quasi als **Mittelweg** zwischen den im Gesetz erwähnten zwei Möglichkeiten - zulässig ⁸⁶. Die Mitglieder können hier wie an der Sitzung miteinander diskutieren und brauchen dennoch - wie bei den Zirkularbeschlüssen - nicht persönlich zu erscheinen ⁸⁷. Die neuen technischen Möglichkeiten (Uebermittlung von Ton und Bild) nähern diese Beschlussfassungsart sodann **immer mehr der Willensbildung an der Sitzung selber an** ⁸⁸. Deshalb sind auf solche Beschlüsse grundsätzlich auch diejenigen Regeln anzuwenden, welche für die **Sitzung** gelten. Betreffend die **Zustimmung zu diesem Verfahren** ist m.E. aber OR 716 anwendbar ⁸⁹.

V. BESCHLUSSFASSUNGS- UND ABSTIMMUNGSVERFAHREN

22 Es kann diesbezüglich auf § 4 verwiesen werden. Die dabei erwähnten **personalistischen Elemente** ⁹⁰ haben hier eine **besondere Bedeutung**, die kapitalistischen fallen gänzlich weg ⁹¹.

84 Vgl. dazu Meier-Hayoz Art. 1 N 346. Die Voraussetzungen zur Lückenfüllung, die *inven-tata consuetudo* und die *opinio necessitatis* scheinen mir vorliegend gegeben zu sein, vgl. vorne § 5 RZ 7.

85 Vgl. dazu vorne RZ 19ff.

86 Ebenso Stauber 65; Eigenmann 47 und Buchmann, der auf die praktische Bedeutung dieser Möglichkeit bei Grossgesellschaften hinweist, 80.

87 Unklar F. von Steiger, Aktiengesellschaft 234, welcher offenbar an diese Möglichkeit nicht gedacht hat.

88 Vgl. Stauber a.a.O.

89 Vgl. hinten RZ 34ff.

90 So z.B. die "primitiven Abstimmungsarten", die Abstimmung durch Stillschweigen insbesondere sowie auch das demokratische Prinzip bei der Abstimmung, das Element der Diskussion (vgl. dazu auch vorne § 4 RZ 14ff. Vgl. zum Kopfstimmrecht und zum Stichentscheid insbesondere Stauber 65 m.w.H. und Heini 565.

VI. SITZUNGSARTEN

1. Ordentliche und ausserordentliche Sitzungen

23 Analog der ordentlichen und der ausserordentlichen GV ⁹² kann auch hier unterschieden zwischen den ordentlichen und den ausserordentlichen Verwaltungsratssitzungen. Die ordentlichen Sitzungen finden - falls nicht auf dem Zirkularweg entschieden wird - mindestens alljährlich, i.d.R. wohl häufiger statt ⁹³. Im übrigen hat jedes Verwaltungsratsmitglied das Recht auf jederzeitige Einberufung einer Sitzung, "dem auf Seiten des Vorsitzenden eine unbedingte Einberufungspflicht entspricht" ⁹⁴.

2. Gesamtorgan- und Ausschuss- bzw. Delegiertensitzungen

24 Werden Verwaltungsfunktionen ⁹⁵ auf einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats oder auf Dritte **übertragen**, so kann schliesslich noch unterschieden werden zwischen **Gesamtorgan- und Ausschuss-** bzw. **Delegiertensitzungen** ⁹⁶. Dem Gesamtverwaltungsrat verbleibt dann mindestens noch eine **Aufsichtsfunktion** analog dem deutschen Aufsichtsrat ⁹⁷ ⁹⁸. Zur Notwendigkeit der Beschlussfassung auch in diesen organ- und organähnlichen Versammlungen vgl. vorne § 1 RZ 56.

25 Weil diesen jedoch eigentliche Organaufgaben übertragen werden, handelt es sich nicht um Sonder- sondern um **Organ- bzw. organähnliche Versammlungen**, welche nicht z.B. über die Beeinträchtigung eigener Inter-

91 So das Kapitalstimmrecht, die Kapital- und Aktienzahlquoren, der Ausschluss von Kopf-Präsenz- und Kopf-Stimmenquoren sowie allenfalls auch die Teilnehmerliste, die Zulassungsprüfung etc. Auch die Beurkundung und die Eintragung ins Handelsregister fällt hier i.d.R. nicht in Betracht, da die Statutenänderungen der GV obliegen, vgl. aber hinten § 9 RZ 30ff. Die Ausführungen zur Protokollierung und zur Verkündung des Beschlusses gelten aber auch hier, vgl. Schucany, Beschlussfassung 172.

92 Vgl. vorne § 7 RZ 16ff.

93 Vgl. Schulthess 59; Eigenmann 44; Bürgi Art. 713 N 17.

94 Vgl. OR 713 II und Schulthess a.a.O.; m.w.H. Funk Art. 713 N 4.

95 Vgl. OR 717. Es handelt sich um die Geschäftsführung und Vertretung.

96 Vgl. dazu Schulthess 74; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 234f; derselbe, Verwaltungsrat 2; Stauber 97; Forstmoser/Meier-Hayoz § 24 N 22ff sowie ausführlich Horber.

97 Vgl. §§ 111ff (d) AktG.

98 Vgl. dazu die oben zit. Autoren u.v.a.

99 Vgl. demgegenüber zu den Sonderversammlungen im Recht der GV vorne § 7 RZ 27ff.

essen ⁹⁹, sondern über **Gesellschaftsaufgaben** ¹⁰⁰ entscheiden; die Quorumsbestimmungen sind sodann auch auf deren Beschlussfassung anzuwenden ¹⁰¹.

3. Universalversammlungen

26 Selbstverständlich steht auch dem Verwaltungsrat die Möglichkeit der Durchführung einer Universalversammlung offen ¹⁰². Es müssen sodann **sämtliche Mitglieder** ¹⁰³ **anwesend sein** ¹⁰⁴. Auch diese Versammlung kann über jedes in ihren Kompetenzbereich fallende Traktandum entscheiden ¹⁰⁵.

VII. PRÄSENZ- UND "ZUSTIMMUNGS"-QUOREN

1. Allgemeines Präsenzquorum

27 Im OR ist - im Gegensatz zum deutschen Recht ¹⁰⁶, aber in Uebereinstimmung mit dem Recht der GV - **kein allgemeines Präsenzquorum** ¹⁰⁷ für Verwaltungsratssitzungen und -beschlüsse normiert ¹⁰⁸.

28 Auch aus den **Materialien** ist nicht ersichtlich, dass ein solches - allenfalls implizit - beabsichtigt war ¹⁰⁹.

269.

100 Vgl. oben § 1 FN 90.

101 Vgl. vorne a.a.O. und Geitner 214ff sowie Engel 304.

102 Stauber 64 und speziell zur Problematik von nichttraktandierten Beschlussgegenständen, 40, vgl. auch vorne § 7 RZ 23f.

103 Zur Möglichkeit, Suppleanten zu wählen, welche einzelne VR-Mitglieder an Sitzungen vertreten können, vgl. Stauber 62; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 228f; Wolfers 61 und Schulthess 34. Die Stellvertretung durch Dritte ist jedoch nach h.L. ausgeschlossen, vgl. F. von Steiger a.a.O. 229 und Forstmoser/Meier-Hayoz a.a.O.

104 Vgl. dazu vorne § 7 RZ 20, 25, 329.

105 Vgl. kritisch Stauber 40 und vorne § 7 RZ 20.

106 Vgl. § 108 II (d)AktG und W. C. Vogel 246ff; Hofer 28; Schucany, Beschlussfassung 170.

107 Vgl. zu diesem Begriff vorne § 1 RZ 76f; § 2 RZ 15; § 7 RZ 334ff.

108 Vgl. OR 707ff und etwa Stauber 64; Bürgi Art. 716 N 5; Heini 565; Kolb 54; Wertheimer 89ff; Kübler 192.

109 Vgl. ProtExp 1926, 358ff; StenBull StR 1931, 566ff; StenBull NR 1934, 335ff.

29 Ein Präsenzquorum lässt sich insbesondere auch nicht aus der **Pflicht der Verwaltungsratsmitglieder zur Teilnahme an der Willensbildung** ¹¹⁰ dieses Organs ableiten. Dessen Verletzung zeitigt - falls kein statutarisches oder reglementarisches ¹¹¹ Präsenzquorum normiert wurde - keine Folgen für die positive Beschlussfähigkeit ¹¹² des Organs, wohl aber für die persönliche Haftbarkeit der Mitglieder ^{113 114}.

30 Auch **OR 717 III** erwähnt lediglich das Recht und die Pflicht des Verwaltungsrates, die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft zu besorgen. Das Erfordernis etwa der Präsenz sämtlicher Mitglieder oder eines Teils derselben ¹¹⁵ zur (positiven) Beschlussfassung ¹¹⁶ kann daraus aber nicht abgeleitet werden ¹¹⁷.

31 Auch aus der grundsätzlich **personenbezogenen Ausgestaltung des Verwaltungsrats** ¹¹⁸ kann nicht abgeleitet werden, es sei z.B. analog zum Recht der einfachen Gesellschaft ¹¹⁹ grundsätzlich die absolute Einstimmigkeit und damit die Präsenz sämtlicher Mitglieder dieses Organs zur (positiven) Beschlussfassung ¹²⁰ erforderlich. Diese Regelung stünde auch im Widerspruch mit **OR 708 IV** und **711 II** ¹²¹ sowie mit der Qualifizierung der AG als einer Körperschaft ¹²².

32 Der Verwaltungsrat ist daher grundsätzlich wie auch die GV ¹²³ **positiv beschlussfähig, wenn nur ein einziges Mitglied** ¹²⁴ **anwesend ist** ¹²⁵.

110 Vgl. zu diesem Begriff vorne § 1 RZ 27ff.

111 Vgl. dazu vorne § 5 RZ 6, 17ff und nachfolgend RZ 54.

112 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 76f.

113 Vgl. vorne RZ 6ff, 12.

114 Zu den Folgen der Funktionsunfähigkeit vgl. vorne § 4 RZ 119.

115 Vgl. Stauber 67, welcher in Anlehnung an die Auffassung Heinis (565 FN 52) gestützt auf diese Norm die absolute Mehrheit sämtlicher Mitglieder für die Beschlussfassung im Verwaltungsrat und damit implizit auch die Anwesenheit dieser Mitglieder fordert (vgl. a.a.O. 64 FN 248).

116 Vgl. dazu vorne § 1 RZ 84f.

117 Ebenso Eigenmann 47; Jagmetti 10; Wolfers 320; SJZ 62, 330 Nr.190 (Luzerner Obergericht); unklar F. von Steiger, a.a.O. 234.

118 Vgl. vorne RZ 7.

119 Vgl. OR 534 I.

120 Vgl. vorne § 1 RZ 84ff.

121 Vgl. nachfolgend RZ 45ff.

122 Meier-Hayoz/Forstmoser § 2 N 78ff und Heini 565.

123 Vgl. vorne § 2 RZ 5.

124 Oder ein Suppleant, vgl. vorne FN 103.

125 Ebenso: W. Vogel 243; Kolb 54; Schaub 159f; Schulz-Dornburg 62f; Funk Art. 712 N 1;

Der Gesetzgeber hat denn auch weder die GV ¹²⁶, noch die Verwaltung ¹²⁷ zwingend als Kollegialorgan ausgestaltet ¹²⁸.

33 Ein "besonderes" **allgemeines Präsenzquorum** gilt aber - analog dem Recht der GV ¹²⁹ - für **Universalversammlungen** ¹³⁰

2. OR 716

34 Ein einseitig zwingendes ¹³¹ **"Zustimmungsquorum"** findet sich in OR 716 ¹³². Auf dem Zirkularweg kann nur beschlossen werden, wenn nicht ein Mitglied die mündliche Beratung verlangt. Dieses **Einstimmigkeitsquorum** bezieht sich lediglich auf die **Art der Beschlussfassung** ¹³³ und nicht auf die sodann zu fassenden Beschlüsse ¹³⁴.

35 Bei diesem Quorum handelt es sich um eine dem Präsenzquorum für Universalversammlungen ¹³⁵ entsprechende (positive) **"Beschlussfähigkeitsvorschrift"**: Der Verwaltungsrat kann die beabsichtigten Beschlüsse grundsätzlich nur dann fassen, wenn dieses "Quorum" erreicht ist, d.h. **wenn kein Widerspruch zu diesem Verfahren erfolgt**.

Schucany Art. 712 N 2; F. von Steiger, Aktiengesellschaft 233f; Bürgi Art. 716 N 5; von Greyerz, Aktiengesellschaft 206; Schucany, Beschlussfassung 169f; Heini 565; Kolb 54; Wertheimer 89ff; Kübler 192; Schulthess 56; uneinheitlich Stauber 64 und 67 FN 262.

126 Vgl. OR 625 II.

127 Vgl. OR 707 I und 715 II.

128 Vgl. Schucany, Beschlussfassung 170.

129 Vgl. vorne § 7 RZ 20ff, 327ff.

130 Vgl. vorne a.a.O.

131 Das Einstimmigkeitsquorum betreffend die "Zustimmung" (vgl. nachfolgend) zur Beschlussfassungsart kann natürlich schon begrifflich nicht weiter erschwert werden. Jedoch kann in bezug auf die Art und Weise der Zustimmung, welche von Gesetzes wegen - was nachfolgend erörtert wird - stillschweigend erfolgen kann, eine strengere Vorschrift normiert werden, etwa indem diese Beschlussfassungsart ausgeschlossen wird oder indem die ausdrückliche Stimmabgabe oder Zustimmung verlangt wird, oder dadurch, dass Beschlüsse, welche auf dem Zirkularweg gefasst werden, einem erhöhten Stimmenquorum unterstellt werden, vgl. dazu z.B. die Statuten der Cellulose Attisholz AG (1970) Art. 20 III: "Beschlussfassungen auf dem Zirkularweg sind statthaft, bedürfen aber der 2/3 Mehrheit aller Mitglieder des Verwaltungsrats", diejenigen der Usago Trimerco Holding AG (1981) Art. 19: "... derartige Beschlüsse (Anm: Zirkulationsbeschlüsse) sind nur dann zustande gekommen, wenn alle Mitglieder ihre Stimme abgegeben haben." Oder diejenigen der Bank Julius Bär AG (1974) Art. 8.5: "... Ein Beschluss kommt in diesem Falle nur bei Einstimmigkeit zustande."

132 Die zwingende Natur dieser Norm ergibt sich aus deren Wortlaut, vgl. vorne § 5 RZ 10.

133 Vgl. zu weiteren Beschlussfassungsarten vorne RZ 14ff.

134 Ebenso: Schulthess 63; Funk Art. 716 N 2; Bürgi Art. 716 N 15.

135 Vgl. vorne RZ 26.

36 Gemäss dem Wortlaut dieser Norm kann die "Zustimmung" der Mitglieder zur Zirkulations-Beschlussfassung, d.h. zum **formellen Antrag** aber **stillschweigend** ("sofern nicht ein Mitglied die mündliche Beratung verlangt" ¹³⁶), die positive Beschlussfassung, d.h. die Zustimmung zum **materiellen Antrag** selber jedoch nur **schriftlich** ("auf dem Wege der schriftlichen Zustimmung") und daher **niemals stillschweigend** ¹³⁷ **oder mündlich** ¹³⁸ erteilt werden ¹³⁹ ¹⁴⁰. **Die beiden Anträge sind klar auseinanderzuhalten.**

37 Weil nur eine der beiden "Zustimmungen" schriftlich zu erfolgen hat, wird in der Praxis i.d.R. nicht zuerst die (stillschweigende) Zustimmung zum Verfahren und hernach diejenige zu den gestellten Anträgen eingeholt: Vielmehr werden den Verwaltungsratsmitgliedern **ausschliesslich die formulierten Anträge zur Unterzeichnung zugesandt.**

38 Dieses Verfahren wirft einige **Fragen** auf: Wie ist das **Stillschweigen** eines Mitgliedes zu beurteilen? Aeussert ein das **leere, nicht unterzeichnete Formular** zurücksendendes Mitglied seine Nichtzustimmung zum Verfahren oder zum Antrag oder will es überhaupt nicht an der Abstimmung teilnehmen? Bezieht sich die Bemerkung "**einverstanden**" bzw. "**nicht einverstanden**" auf der Antwortkarte auf das Verfahren oder auf den Antrag? Wie ist die Rechtslage, wenn das erforderliche Mehr erreicht und somit grundsätzlich ein positiver Beschluss entstanden ist ¹⁴¹ und am Schluss der Antwortfrist ein **Einspruch** gegen das Verfahren eintrifft? Hat dieser **mündlich** oder **schriftlich** und mit **welchem Wortlaut** hat er zu erfolgen?

39 Werden für beide Anträge keine gesonderten Willensäusserungen der Mitglieder eingefordert, so ist für **jedes der beiden Quoren gesondert zu prüfen, ob es erreicht worden ist oder nicht.** Die Willenserklärungen der Mitglieder sind zu diesem Zwecke auszulegen und zwar nach dem dafür

136 Diese kann m.E. auch auf dem Konferenzweg erfolgen, vgl. vorne RZ 21.

137 Vgl. ProtExp 1926, 364 und die Beispiele nachfolgend RZ 38ff.

138 Vgl. vorne § 4 RZ 14ff.

139 Ebenso: Schulthess a.a.O.; Schucany zu Art. 716 OR; Bürgi a.a.O.; Funk a.a.O.; allgemeiner Stauber 69 und F. von Steiger a.a.O. 234.

140 Aufgrund dieser Gesetzesvorschrift ist daher die stillschweigende Abstimmung auf dem Zirkularweg ausgeschlossen, selbst wenn die vorne erwähnten Voraussetzungen gegeben wären (vgl. vorne § 4 RZ 24ff).

141 Vgl. vorne § 1 RZ 84ff.

geltenden **Vertrauensprinzip** ¹⁴². **Eingeschränkt** wird diese Auslegung durch den **Wortlaut von OR 716**, welcher es verbietet, das **Stillschweigen** oder die **Stimmenthaltung** als Zustimmung zum materiellen Antrag zu qualifizieren und es aber erlaubt, dieses Verhalten aufgrund der konkreten Umstände als **Zustimmung zum formellen Antrag** auszulegen ¹⁴³ ¹⁴⁴. Somit ergibt sich folgendes:

40 Ein dem Antrag ausdrücklich zustimmendes Mitglied gibt damit wohl implizit auch die **Zustimmung zum gewählten Verfahren** ab. Andernfalls wäre nach Treu und Glauben eine ausdrückliche Bemerkung ("mit dem Antrag, aber nicht mit dem Verfahren einverstanden") anzubringen. Klarer wird dies, wenn die Bemerkung "Ja" oder "Einverstanden" nicht nur neben dem Antrag, sondern z.B. oben auf der Karte oder über diese verteilt angebracht wird.

41 Ein stillschweigendes, sich überhaupt nicht äusserndes Mitglied, welches auch die Karte nicht zurücksendet, äussert nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes, welcher eine **ausdrückliche Ablehnung** verlangt ¹⁴⁵, i.d.R. wohl **keinen Widerspruch zum Verfahren**. Der Grundsatz, dass Schweigen grundsätzlich eine Zustimmung darstellt in den Fällen, wo der Betroffene sich äussern könnte oder **müsste** ¹⁴⁶, gewinnt hier an besonderer Bedeutung, indem es das **Gesetz selber** erlaubt, das Schweigen der Mitglieder zum Antrag auf Zirkularbeschlussfassung implizit als Zustimmung auszulegen ¹⁴⁷. **Konkrete Umstände** können aber auch eine andere Auslegung zulassen. Massgebend ist das Vertrauensprinzip. Eindeutig ist die Rechtslage dann, wenn auf der Antwortkarte OR 716 **wiederholt** wird. In diesem Fall bedeutet Schweigen m.E. Zustimmung zum Verfahren ¹⁴⁸. Welche Bedeutung dem Stillschweigen in bezug auf die **positive Beschlussfassung** selber, auf die geplante Rechtsveränderung zukommt, bestimmt sich nach dem auf

142 Vgl. dazu vorne § 4 RZ 21ff, 36, 42.

143 Vgl. § 4 RZ 23ff.

144 Die vorne in FN 138 zit. h.L. macht diese klare Trennung zwischen formellem und materiellem Antrag nicht und erklärt z.T. einfach pauschal, Stillschweigen bedeute nie Zustimmung (vgl. z.B. Funk Art. 716 N 2; Schucany Art. 716 N 1 sowie derselbe, Beschlussfassung 168 und F. von Steiger, Aktiengesellschaft 234 Anm. 232).

145 Vgl. OR 716.

146 Vgl. vorne § 4 RZ 24.

147 Andernfalls müsste der Gesetzeswortlaut wie folgt formuliert sein: "... sofern sämtliche Mitglieder einverstanden sind ..."

148 Vgl. vorne a.a.O.

den konkreten Beschluss anzuwendenden Stimmenquorum ¹⁴⁹. Stellt dieses auf das absolute Mehr sämtlicher oder der abgegebenen Stimmen ab, so wird diese "Stimme" als Ablehnung gewertet, ist dagegen lediglich das relative Mehr (in bezug auf irgendeine Grösse) massgebend, so fällt diese Stimmenthaltung ausser Betracht ¹⁵⁰. Wiederum ist es nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes jedenfalls **ausgeschlossen**, das "Schweigen" der Mitglieder, worunter m.E. sämtliche Stimmenthaltungen ¹⁵¹ zu subsumieren sind, als **Zustimmung zum materiellen Antrag** auszulegen, auch wenn die Voraussetzungen dafür gegeben wären ¹⁵².

42 Auch dasjenige Mitglied, welches die **leere Antwortkarte unausgefüllt zurücksendet**, scheint aufgrund der Auslegung dieses Verhaltens nach Vertrauensprinzip ¹⁵³ gegen das Verfahren an sich nichts einzuwenden zu haben. Im übrigen gelten betreffend die Auslegung des auf diese Art "schweigenden" Mitgliedes die vorne in § 4 erwähnten Grundsätze. Betreffend die Bedeutung dieser Stimmenthaltung für die **Beschlussfassung** ist wiederum das konkret anwendbare Quorum entscheidend ¹⁵⁴ und wiederum ist nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes die **Auslegung als Zustimmung zum materiellen Antrag** ausgeschlossen.

43 Die auf der Antwortkarte beigelegte Bemerkung "**nicht einverstanden**" kann verschiedene Bedeutungen haben. Befindet sie sich direkt unter oder neben dem formulierten Antrag, so ist - in eindeutigen Fällen - anzunehmen, sie beziehe sich lediglich auf die **geplante Rechtsveränderung**. Wurde sie aber (deutlich) nicht in den Zusammenhang mit dem schriftlichen Antrag gebracht, indem sie etwa quer durch das ganze Blatt oder z.B. oben auf diesem notiert wurde, so bezieht sie sich wohl auf die Art der Beschlussfassung oder allenfalls auf beide Anträge. Das Gesetz erwähnt keine Formvorschrift betreffend die entsprechende Willenserklärung der die mündliche Beratung verlangenden Mitglieder. Sie muss lediglich ausdrücklich und nicht stillschweigend erfolgen ("verlangen"). Es kann daher nicht ausschliesslich die schriftliche Bemerkung "ich verlange mündliche Bera-

149 Vgl. dazu vorne a.a.O. und hinten RZ 45ff.

150 Vgl. vorne § 4 RZ 37ff.

151 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 58ff; § 4 RZ 37ff, 48ff, 89ff.

152 Vgl. vorne § 4 RZ 25ff.

153 Vgl. vorne § 4 RZ 21ff, 36, 42.

154 Vgl. dazu hinten RZ 45ff.

tung" berücksichtigt werden, sondern es ist jede Willenserklärung, welcher nach Vertrauensprinzip ¹⁵⁵ dieser Sinn beigemessen werden muss, als ein solcher Einspruch zu betrachten.

44 Wurde den Mitgliedern schliesslich eine bestimmte, **gemeinsame Frist** sowohl für die Einlegung des "**Vetos**" gegen das Verfahren wie auch zur **Annahme** des gestellten Antrages gegeben, so kann die Durchführung eines Zirkulationsbeschlusses selbst dann noch abgelehnt werden, wenn bereits die Mehrheit des Verwaltungsrates dem Antrag schriftlich zugestimmt hat ¹⁵⁶. Die Rechtskraft vorher zustandegekommener Beschlüsse ist daher in diesem Fall eben **resolutiv-bedingt**, und eine entsprechende innert Frist eingehende Willenserklärung hebt diese auf und veranlasst ¹⁵⁷ die Einberufung einer ausserordentlichen Verwaltungsratssitzung oder auch - m.E. - einer entsprechenden telefonischen Konferenz ¹⁵⁸.

VIII. STIMMENQUOREN

45 Im **Gesetz** sind - sieht man von der "Zustimmung" zum Zirkularbeschlussverfahren ab ¹⁵⁹ - auch **keine Stimmenquoren** für Verwaltungsratsbeschlüsse enthalten ^{160 161}. Aus der personenbezogenen Ausgestaltung des Verwaltungsrats folgt, dass jedes Mitglied mindestens aber auch nur eine Stimme hat ¹⁶².

46 Hinweise dafür, dass jedenfalls **nicht das absolute oder relative** ¹⁶³ **Einstimmigkeitsprinzip** gelten soll, finden sich in **OR 708 IV** und **711 II**: Gemäss **OR 708 V** haben die Gruppen von Aktionären mit verschiedener Rechtsstellung Anspruch auf einen Vertreter im Verwaltungsrat. Dadurch soll den minderberechtigten Aktionären ein Anteil an der Verwaltung

155 Vgl. vorne § 4 RZ 21ff, 36, 42.

156 Ebenso: Schulthess 64; Stebler 36; Hofer 28; Wydler 89; Funk a.a.O.; Bürgi Art. 716 N 17.

157 Vgl. vorne RZ 35.

158 Vgl. vorne RZ 21.

159 Vgl. vorne RZ 34ff.

160 Vgl. Stauber 62; Schulthess 58; Hofer 28 und Jagmetti 10.

161 Zu den Materialien, welche sich diesbezüglich ausschweigen, vgl. vorne § 7 RZ 129ff, 145, 283.

162 Vgl. vorne § 2 RZ 20 und § 4 RZ 60 FN 236.

163 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 54ff.

und somit u. U. an der Geschäftsführung ¹⁶⁴ zugesichert werden ¹⁶⁵. Würde nun das Einstimmigkeitsprinzip für die Beschlussfassungen im Verwaltungsrat gelten, so käme dieses Vorschlagsrecht der Aktionärsgruppe einem Vetorecht ihres Vertreters gleich, was vom Gesetzgeber sicherlich **nicht beabsichtigt** war. Sodann bestimmt **OR 711 II**, dass im mehrköpfigen Verwaltungsrat die Mehrheit aus in der Schweiz domizilierten Schweizerbürgern bestehen muss. Das Einstimmigkeitsprinzip würde auch **dem Zweck** dieser Norm - der Sicherung des schweizerischen Charakters der dem schweizerischen Recht unterstehenden Aktiengesellschaften ¹⁶⁶ - **zuwiderlaufen** bzw. diesen vereiteln, denn eine ausländische Minderheit der Verwaltung hätte es in der Hand, ihr unliebsame Beschlüsse der schweizerischen Mehrheit zu verhindern ^{167 168}.

47 Wie schon vorne erwähnt ¹⁶⁹, schliesst auch die **Rechtsform der AG** die zwingende oder vermutungsweise geltende Anwendung des - schwerfälligen ¹⁷⁰ - Einstimmigkeitsprinzips aus: "In einem demokratischen Rechtsstaat muss auch für das korporative Leben der Grundsatz der Gleichberechtigung und des Mehrheitsentscheides gelten, sofern nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt wird oder sich aus der besonderen Art der Korporation oder des Verhandlungsgegenstandes ergibt ^{171 172}.

164 Falls keine Delegationen vorgenommen wurden. Andernfalls erhält er einen "Anteil" an der Oberaufsicht, vgl. vorne § 1 RZ 46.

165 Vgl. G. Schucany, Willensbildung 2f und den dort zitierten Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 11. Juli 1958.

166 Vgl. zum Personalstatut der Aktiengesellschaften ausführlich Forstmoser, Aktienrecht 113ff.

167 Umgekehrt könnte dann allerdings - bei einem von einer Ausländermehrheit besetzter Verwaltungsrat - ein schweizerisches Verwaltungsratsmitglied "unschweizerische" Beschlüsse verhindern! Vgl. auch G. Schucany a.a.O.

168 A.M. wohl Schulz-Dornburg (60) und die nachfolgend in FN zitierte "ältere" Lehre, welche erklärt, aus OR 717 III werde das Einstimmigkeitsprinzip abgeleitet.

169 Vgl. vorne § 3 RZ 3 und § 1 RZ 79.

170 Vgl. vorne § 3 RZ 30.

171 Vgl. Heini 565: "...das Verbandskollegium hat... seine Beschlüsse grundsätzlich nach dem in unserem staatlichen und korporativen verankerten Mehrheitsprinzip zu fassen..."; vgl. auch BGE 71 I 188 und G. Schucany, Willensbildung 3ff.

172 Vgl. BGE 71 I 188; vgl. auch F. von Steiger, Universalversammlung 51: "Der Verwaltungsrat als Kollegium ist grundsätzlich körperschaftlich organisiert".

48 Auch die h.L. lehnt das Einstimmigkeitsprinzip ab¹⁷³ und erklärt, Verwaltungsratsbeschlüsse seien dem **Mehrheitsprinzip** unterstellt. Uneinig ist man sich jedoch bezüglich der Frage, **welche Mehrheit** gelten soll:

- Einige Autoren halten dafür, dass lediglich das **einfache bzw. relative Mehr**¹⁷⁴ anzuwenden ist¹⁷⁵.
- Ein weiterer Teil der Lehre votiert dagegen - analog OR 703 - für das **absolute Mehr der vertretenen Stimmen**¹⁷⁶.
- Eine weitere Lehrmeinung hält schliesslich dafür, dass auf das **absolute Mehr sämtlicher Mitglieder** abzustellen ist¹⁷⁷.
- **F. von Steiger**¹⁷⁸, **Funk**¹⁷⁹, **Wolfers**¹⁸⁰, sowie **Patry**¹⁸¹ erwähnen sodann einfach eine "**Mehrheit**", ohne diese näher zu präzisieren. **Bürgi** vertritt endlich **keine einheitliche** Meinung¹⁸².

49 **Abzulehnen** ist m.E. das Abstellen auf die **absolute Mehrheit sämtlicher Mitglieder**. Damit würde gleichzeitig ein **Präsenzquorum** normiert¹⁸³, was eine ungerechtfertigte Erschwerung der Beschlussfassung des Verwaltungsrats im Gegensatz zu derjenigen der Generalversammlung darstellen würde, enthält das Gesetz doch für beide Organe kein allgemeines Präsenzquorum. Rechtfertigen lässt sich diese Lösung m.E. auch nicht mit

173 So z.B. Eigenmann 47; Jagmetti 20; Allemann 55; Schucany, Beschlussfassung 170; Wolfers 23; Haymann Aktienübernahmevereinbarungen 72; Bürgi Art. 716 N 7. A.M. die ältere Lehre, z.B. Wieland 128f und die bei Schucany a.a.o. zit. Autoren.

174 Hier ist die Berechnungsgrundlage nicht entscheidend, da nur die abgegebenen Ja- und Nein-Stimmen zählen, vgl. vorne § 2 RZ 48ff; § 4 RZ 79f.

175 Schulthess 59; Forstmoser/Meier-Hayoz § 24 II 2a; Forstmoser, Aktienrecht § 7 FN 364; derselbe, Reformvorschläge 61; Engel 304; Eigenmann 46f und Wolfers 23 sowie von Greyerz, Aktiengesellschaft 206; Jagmetti 10; Bürgi Art. 716 N 6, 11; Wydler 88 und das deutsche Recht (§ 111 III dAktG).

176 Schucany, Beschlussfassung 171; derselbe Art. 712 N 2; Schulz-Dornburg 62; Haymann, Aktienübernahmevereinbarungen 72 Anm. 61; im Prinzip wohl auch Schaub 160 und Wertheimer 94 sowie U. Wehrli, 101ff und Egger Art. 69 N 1.

177 So unter Hinweis auf OR 717 III Stauber 67 und Heini 565 und FN 52 sowie - de lege ferenda - auch Schaub 160.

178 AG, 233f und Universalsammlung 51.

179 Art. 712 N 1.

180 23.

181 251.

182 Vgl. Art. 716 N 7 und N 11.

183 Vgl. vorne § 2 RZ 11; § 4 RZ 66.

der Teilnahmepflicht der Verwaltungsratsmitglieder¹⁸⁴ oder mit einer Ableitung aus der Bestimmung von OR 717 III¹⁸⁵. Die Ausübung der Verwaltungsfunktionen¹⁸⁶ würde auf diesem Weg m.E. unnötig **erschwert**¹⁸⁷. Dies soll nur für diejenigen Gesellschaften zutreffen, welche dies statutarisch so vorgesehen haben¹⁸⁸.

50 Ebenso ist aber nicht einzusehen, weshalb beim Verwaltungsrat - als personenbezogenem ausgestaltetem Organ - von Gesetzes wegen ein gegenüber dem Stimmenquorum der GV **erleichtertes Quorum** für die Beschlussfassung, also z.B. das relative Mehr¹⁸⁹, gelten soll. Erschwerte Quoren¹⁹⁰ bewirken gerade eine Annäherung an das Recht der Personengesellschaften, für welche grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip gilt¹⁹¹. Werden die nicht abgegebenen Stimmen bei der Resultatermittlung nicht gezählt, so wird die Entscheidung sodann u.U. einer **Minderheit** überlassen, was gerade für den Verwaltungsrat nicht wünschenswert ist¹⁹².

51 Als sinnvolle **Kompromisslösung** zwischen einer allzu starken Erschwerung und einer übermässigen Erleichterung der (positiven) Beschlussfassung des Verwaltungsrats ist m.E. daher auch für dessen Beschlussfassung auf das **absolute Mehr der vertretenen Stimmen** abzustellen¹⁹³. Die gesetzliche Ordnung soll ja nicht nur für den stark personenbezogenen kleinen Verwaltungsrat, sondern auch für die mit vielen Personen besetzten Verwaltungsräte **praktikabel** sein.

184 Vgl. Stauber, 67 FN 262 und vorne RZ 9.

185 Vgl. Stauber a.a.O. und vorne RZ 30.

186 Vgl. dazu vorne RZ 5.

187 Es gibt aber gute Gründe, ein solches Quorum statutarisch zu normieren, vgl. Schaub 160f.

188 Vgl. hinten RZ 52ff.

189 Vgl. dazu vorne § 2 RZ 36ff, 48ff.

190 Vgl. dazu vorne § 3 RZ 8ff.

191 Vgl. OR 534 I und vorne § 3 RZ 3.

192 Ebenso: Schaub 160, vgl. auch die bei ihm aufgeführten Berechnungsbeispiele.

193 Vgl. die vorne FN 176 zit. Autoren.

IX. INNERGESELLSCHAFTLICHE ABWEICHUNGSMÖGLICHKEITEN

52 Diese wurden grundsätzlich schon vorne in § 5 RZ 2ff, 10 erörtert ¹⁹⁴.

53 Wiederholt sei hier lediglich, dass eine Gesellschaft im **Rahmen der zwingenden gesetzlichen Bestimmungen** Verwaltungsratsquoren normieren kann. Zwingende Bestimmungen sind hier wohl nur OR 716 ¹⁹⁵ und die Grundsätze für die Universalversammlung ¹⁹⁶. Auch für die innergesellschaftliche Verwaltungsratsquoren wird z.T. postuliert, diese dürften die Beschlussfassung des Verwaltungsrats betreffend wichtige Traktanden, über welche dieser jederzeit entscheiden können müsse, nicht übermässig erschweren ¹⁹⁷. Gerade beim Verwaltungsrat als grundsätzlich personenbezogenem Organ kann es aber sinnvoll und wünschbar sein, für wichtige Beschlüsse erschwerte Quoren oder u.U. sogar das **Einstimmigkeitsprinzip** einzuführen, welches den **personalistischen Charakter dieses Gremiums**

¹⁹⁴ Vgl. dazu die Beispiele bei Kohler 59ff.; F. von Steiger, *Formulare* 36f. und betreffend das deutsche Recht auch W. C. Vogel 246ff.

- Zur **Beschlussfähigkeit** wird in mittelgrossen Verwaltungsräten häufig auf die Anwesenheit der **Mehrheit der Mitglieder** des Verwaltungsrats abgestellt, vgl. etwa F. von Steiger a.a.O. und Bürgi Art. 716 N 5; Allemann 56 und die folgenden Statuten:

- Usego-Timerco Holding AG (1981) Art. 20

- Cellulose Attisholz AG (1970) Art. 20

- Brauerei Feldschlösschen AG (1983) § 21

- Bank Julius Bär AG (1974) Art. 8.5

- Schweizerische Kreditanstalt (1976) § 27

(Die Bestimmung, der Verwaltungsrat sei beschlussfähig, wenn die absolute Mehrheit der Mitglieder anwesend sei, ist mit derjenigen identisch, welche auf "mehr als die Hälfte" oder "der Mehrheit" der Mitglieder abstellt). Auf die **Halbte der Mitglieder** stellen die folgenden Statuten ab:

- Touring Club der Schweiz AG (1983) Art. 17 III

- Tennisclub Altendorf AG (1976) Art. 14.

Für die **Beschlussfassung** existieren unterschiedliche Regelungen. Zum Teil wird - unklar - einfach auf "die Mehrheit" abgestellt (vgl. Statuten Cellulose Attisholz AG a.a.O., welche die "Mehrheit der abgegebenen Stimmen" erwähnen. Vgl. zum Unterschied zwischen absolutem und relativem Mehr hinten ...). Häufig wird das **absolute Mehr** der **abgegebenen** Stimmen (vgl. z.B. die Statuten der Brauerei Feldschlösschen a.a.O. sowie diejenigen der Schweizerischen Kreditanstalt a.a.O. sowie F. v. Steiger a.a.O.) oder dasjenige der **vertretenen** Stimmen (vgl. Statuten der Bank Julius Bär a.a.O. sowie die Statuten des Tennisclub Altendorf a.a.O.) als anwendbar erklärt. Die Statuten der Usego-Trimerco Holding stellen schliesslich auf die **relative Mehrheit** ab (a.a.O.). Zur Berechnung dieser Quoren vgl. vorne § 4 RZ 38, 41, 79ff.

¹⁹⁵ Vgl. vorne § 5 RZ 10.

¹⁹⁶ Vgl. vorne RZ 26 und § 5 a.a.O.

¹⁹⁷ Vgl. vorne § 5 RZ 26ff und etwa Schulz-Dornburg 61 m.w.H.

stark betont ¹⁹⁸. Dies ist jedoch nur für kleine Gesellschaften mit wenigen Mitgliedern **sinnvoll** ¹⁹⁹ und bei grossen Verwaltungsräten "une arme à double tranchant" ²⁰⁰. Die Abweichung vom Beschlussquorum ²⁰¹ in **erleichterndem Sinn** erhält hier nicht die gleiche Bedeutung wie bei der GV ²⁰². Immerhin kann ein mit einem Beschluss seiner Kollegen nicht einverstanden Mitglied diesen nach geltendem Recht **nicht anfechten** ²⁰³. Es muss daher u.U. Konsequenzen auf sich ²⁰⁴ weshalb es sich gerade bei kleinen Aktiengesellschaften, wo Verwaltung und GV identisch sind und allenfalls schon bezüglich der GV-Beschlüsse Minderheitsquoten normiert wurden ²⁰⁵, aufdrängen kann, auch die Beschlussfassung im Verwaltungsrat **zugunsten der Minderheit zu erleichtern**.

54 Ferner sei hier nochmals betont, dass bezüglich der Verwaltungsratsquoten kein **Vorbehalt zugunsten der Statuten** ²⁰⁶. Solche können daher beim Fehlen einer statutarischen Regelung auch vom **Verwaltungsrat selber** in einem **Organisationsreglement** oder auch durch **Usanz** eingeführt werden ²⁰⁷. Der Verwaltungsrat hat in diesem Fall also auch in bezug auf die Art und Weise der Beschlussfassung **volle Organisationsautonomie** ²⁰⁸.

198 Vgl. Kübler 23 und F. von Steiger a.a.O. sowie Schaub 160.

199 Vgl. vorne § 3 RZ 30ff, 34.

200 Vgl. Schaub 160.

201 Vgl. vorne RZ 51.

202 Vgl. vorne § 3 RZ 3.

203 Vgl. vorne § 6 RZ 15 und 22.

204 nehmen, Vgl. vorne RZ 12.

205 Vgl. vorne § 3 RZ 31ff, 34ff, 59ff.

206 Immerhin **können** die Statuten und somit die GV auch diesen Bereich regeln, weshalb der Verwaltungsrat der GV grundsätzlich organisatorisch unterstellt ist (Stahelin, Organisation 251 und Funk Art. 712 N 2, vgl. auch Kohler 53ff). Vgl. aber sogleich im Text.

207 Vgl. vorne sowie etwa Stebler 17; F. v. Steiger, Verwaltungsrat 3; Hensel 90f; Egger Art. 67 N 3.

208 Schulz-Dornburg 63; Horowitz 196; Wieland 427 und vorne § 5 RZ 16.

3. TEIL

ENTWURF

§ 9 GENERALVERSAMMLUNGS-QUOREN

I. VORBEMERKUNG

1 Während der Gesetzgeber des geltenden OR von 1936 noch vom Leitbild einer **Publikumsgesellschaft**, "die sich aus einer veränderlichen Vielzahl selbständig handelnder Personen zusammensetzt" ¹, ausging, hat die Wirklichkeit inzwischen gezeigt, dass die Grosszahl der Aktiengesellschaften **Kleingesellschaften** sind ². Heute ist die realtypische AG eine Klein-AG mit einem Kreis von **einigen wenigen, oft im Unternehmen aktiv tätigen Aktionären** ³. "Von den etwa 120 000 schweizerischen Aktiengesellschaften weisen fast 50 Prozent nur gerade das gesetzliche Mindestkapital von 50000 Franken aus, und nur jede zwanzigste Gesellschaft hat ein Aktienkapital von mehr als einer Million Franken. Noch augenfälliger zeigt sich das zahlenmässige Schwergewicht bei der Klein-AG an der Anzahl der Beschäftigten: Aus der Betriebszählung 1975 geht hervor, dass nur ein Drittel aller Aktiengesellschaften überhaupt Angestellte hatte und dass nur bei 276 Gesellschaften mehr als 500 Beschäftigte tätig waren" ⁴. Ende 1969 waren von den 59'834 Aktiengesellschaften lediglich 402, also 0.6%, eigentliche Grossgesellschaften mit mehr als 10 Mio Fr. Grundkapital ⁵.

2 Indessen ist auch der **Entwurf** von 1983 erstaunlicherweise wiederum am realitätsfremden **Bild der Publikumsgesellschaft** orientiert ⁶. "Am Leitbild wird durch die Reform nichts geändert. Die Ausgestaltung bleibt auf Grossgesellschaften mit wechselndem Aktienbesitz ausgerichtet" ⁷. Dies zeigt sich z.B. bei den Bestimmungen über die **Partizipations-scheine** ⁸, die **Kapitalerhöhung** ⁹ und auch bei den **Quoren**:

1 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 2 N 7ff.

2 Vgl. von Greyerz, Vorentwurf 12.

3 Vgl. Forstmoser, Leitbild 13f; Schaad 49; Weber 29f und von Greyerz, Ausgangslage 2; Haymann, Minderheitsaktionär 18.

4 Forstmoser a.a.O.

5 Vgl. die Nachweise bei Schaad a.a.O.

6 Vgl. Forstmoser a.a.O. 14 und derselbe, Bilanz 105; Kamber 46; von Greyerz, Vorentwurf 13.

7 Von Greyerz, Ausgangslage 11, vgl. auch Botschaft 3 und Bär, Aktienrechtsreform 142 und Mengiardi, Minderheitenschutz 79.

8 Vgl. E 650ff.

9 Vgl. E 656 a ff.

3 Der Entwurf lässt mit Ausnahme der Quoren von OR 623 II, 638 II, 657 V und 701 **sämtliche Präsenz- und Präsenz-/Stimmenquoren** ¹⁰ **im Recht der GV fallen** ¹¹. OR 636, 646, 648, 649, 655 und 658 werden z.T. ersatzlos gestrichen ¹². Für "wichtige Beschlüsse" ¹³ wird ein (qualifiziertes) reines Stimmenquorum eingeführt ¹⁴. Das allgemeine Stimmenquorum der GV, welches in OR 703 normiert ist, wird beibehalten ¹⁵.

4 Damit wird die **Funktionsfähigkeit** der Generalversammlung gestärkt und somit auch dem **Schutz der Gesellschaft** selber Rechnung getragen ¹⁶, können doch unter dem geltenden Recht die zwingenden Präsenz-/Stimmenquoren, vor allem dasjenige von OR 648 I, bei Publikumsgesellschaften mit weit gestreutem Aktionärskreis kaum mehr erreicht werden ¹⁷. Selbst unbestrittene Statutenänderungen können so allenfalls nicht mehr beschlossen werden ¹⁸. Eine "**Aufwertung**" oder "**Stärkung** der GV ist damit aber **nicht verbunden**", sondern "es wird lediglich einem Uebelstand abgeholfen" ¹⁹. Wurde dazu wirklich das **geeignete Mittel** gewählt?

5 Während die Regelung der Quoren im Entwurf den Bedürfnissen der zahlenmässig die Minderheit bildenden Publikums- und Grossaktiengesellschaften gebührend Rechnung trägt ²⁰, bedeutet das Abstellen auf **reine Stimmenquoren** ²¹ **für Gesellschaften mit kleinem Aktionärskreis eine Verschlechterung des Minderheitenschutzes** ²². "Mit der vorgeschlagenen Aenderung verlieren nun aber die Quorumsvorschriften für kleine Aktiengesellschaften ihre Wirkung. Dem Querulanten und anderen Machenschaften

10 Vgl. zu diesem Begriff vorne § 2 RZ 11.

11 Vgl. E 621ff.

12 Vgl. nachfolgend RZ 9ff.

13 Vgl. Marginale zu E 704.

14 Vgl. nachfolgend RZ 16ff.

15 Vgl. vorne § 7 RZ 334ff.

16 Vgl. Bär, Aktienrechtsreform 142; Mengiardi, Minderheitenschutz 79 und von Greyerz, Vorentwurf 16, Botschaft 83, Teilrevision des Aktienrechts 127.

17 Vgl. vorne § 1 RZ 3 und § 7 RZ 118ff. und Teilrevision des Aktienrechts 29; Schorer 117; Schaad 48; Kamber 46; von Greyerz, Schutz der Minderheit 60 und Haefliger 14ff.

18 Vgl. vorne § 7 118f und § 1 RZ 3. und Forstmoser, Aktienrechtsreform 126; derselbe personenbezogene AG 55 sowie Botschaft 95.

19 Hunziker 95.

20 Vgl. auch Mengiardi, Minderheitenschutz 79: "Dies liegt offensichtlich im Interesse der Publikumsgesellschaften." Ebenso von Greyerz, Vorentwurf 16, welcher festhält, die qualifizierten Kapitalmehrheiten seien den Wünschen der Grossgesellschaften folgend durch qualifizierte Anwesenheitsmehrheiten ersetzt worden.

21 Vgl. vorne § 2 RZ 8.

22 Ebenso Mengiardi, Minderheitenschutz 79 und Kamber 46.

ten wären Tür und Tor geöffnet" ²³, denn "so notwendig es aber ist, dieses Quorum (Anm: das Quorum von OR 648 I) bei Publikumsgesellschaften aufzugeben, so sinnvoll erscheint seine Beibehaltung für Kleingesellschaften: Die neue Ordnung (bei der **jede** Generalversammlung unabhängig von der Beteiligung **jeden** Beschluss fassen kann) läßt bei der kleinen Gesellschaft mit einigen wenigen oder gar nur mit zwei Aktionären geradezu zum **Missbrauch** ein, dazu nämlich, die Abwesenheit des Mitaktionärs abzuwarten und dann beliebige Statutenänderungen im eigenen Interesse und zum Nachteil des Partners zu vollziehen" ²⁴. Der **Minderheitsaktionär** ist nämlich **vor allem in kleinen und Familienaktiengesellschaften schutzbedürftig**. "Man wird jedem Minderheitsaktionär, der eine längere Abwesenheit vor sich sieht, raten müssen, geeignete Vollmachten auszustellen und generell letztwillig einen Willensvollstrecker zu bestimmen, damit nicht eine unfaire Mehrheit in dem von ihr als taktisch günstig betrachteten Zeitpunkt einschneidende Beschlüsse fassen kann" ²⁵. Analog dem nicht formrichtig zu einer Sitzung eingeladenen Verwaltungsratsmitglied ist daher auch dem an der Teilnahme der GV verhinderten Aktionär allenfalls ein **Einspruchsrecht** zuzubilligen und gesetzlich zu verankern" ²⁶.

6 Die erschwerten Präsenz- und Präsenz-/Stimmenquoten des geltenden Rechts, welche auf das Kapital bzw. auf eine Aktienzahl (oder ausnahmsweise auf eine Personenzahl) abstellen ²⁷, dienen aber nicht nur dem Minderheitenschutz ²⁸, sondern sichern auch die **Stabilität und Repräsentanz der Beschlüsse** ²⁹, den Grundsatz, dass **Macht bzw. Verantwortlich-**

²³ Kamber a.a.O.

²⁴ Forstmoser, Leitbild 16, vgl. auch derselbe, personenbezogene AG 55 und derselbe, Bilanz 104. Kritik zu dieser Kritik von Greyerz, Ausgangslage 15 sowie Bär, Aktienrechtsreform 140ff.

²⁵ Vgl. Hunziker 95.

²⁶ Vgl. Hunziker 95: "Jedem Schuldner eröffnet man ja die Möglichkeit eines nachträglichen Rechtsvorschlages, wenn er ohne seine Schuld an der fristgemässen Rechtsvorkehr verhindert war. Das gleiche könnte innerhalb der Anfechtungsfrist des heutigen Art. 706 OR auch für einen verhinderten Minderheitsaktionär gelten. Allenfalls wäre die Generalversammlung zu wiederholen" (95).

²⁷ Es handelt sich um OR 623II, 635 III, 636, 638 II, 646 I, 648 I, 649 I, II, 655, 657 V und 658.

²⁸ Vgl. vorne § 3 RZ 8ff, 40ff.

²⁹ Vgl. vorne § 3 RZ 59ff. A.M. Brunner 36: "Das qualifizierte Mehr bürgt dafür, dass auch bei schwacher Beteiligung des Kapitals an der Generalversammlung ein überzeugender Wille jedenfalls jener Aktionäre manifestiert wird, die ihr Interesse an den Geschehnissen in der Gesellschaft selber oder über Bevollmächtigte bekundet haben. Ein Zufallsmehr ist so gut wie ausgeschlossen". Dies trifft m.E. aber nicht durchwegs zu. Vgl. etwa Grossfeld 27f und vorne a.a.O.

keit und Risiko in einem "gesunden" Verhältnis zueinander stehen sollen³⁰ sowie das Prinzip der Generalversammlung³¹

7 Aus all diesen Gründen wäre es sinnvoll gewesen, die erschwerten Quoren des geltenden Rechts **grundsätzlich beizubehalten**. Der Gesetzgeber sollte als Regelfall nämlich auf die **häufige** und damit auf die **Klein-AG abstellen** und - sieht er von einer eigentlichen Zweiteilung des Aktienrechts ab³² - den selteneren Formen und damit den Grossaktiengesellschaften vermehrt durch **Sondernormen** Rechnung tragen³³. Man hätte es also dabei bewenden lassen können, die zwingenden gesetzlichen Quoren für **Grossgesellschaften** aufgrund von gewissen Kriterien (Grösse des Grundkapitals, Anzahl Aktionäre) **dispositiv auszugestalten**³⁴. Damit wäre die Funktionsunfähigkeit der GV bei grossen Publikumsgesellschaften behoben worden, **ohne die Minderheitsaktionäre kleinerer Gesellschaften übermässig zu benachteiligen und ohne für die typische Klein-AG die Repräsentanz und Stabilität der Beschlüsse und das Verhältnis zwischen Macht bzw. Verantwortlichkeit und Risiko in Frage zu stellen**³⁵. Dies wäre somit die **"verhältnismässigere" Massnahme zur Erreichung des Zieles, wichtige Beschlüsse auch in verödeten Generalversammlungen fassen zu können**³⁶, gewesen.

8 Notabene ist dies auch die Lösung des **Genossenschaftsrechts**: Die (atypischen) Grossgenossenschaften mit mehr als 300 Mitgliedern erhalten eine ihren Bedürfnissen entsprechende Sonderregelung, indem sie die Befugnisse der GV ganz oder teilweise einer Delegiertenversammlung übertragen oder durch schriftliche Stimmabgabe (Urabstimmung) ausführen lassen können³⁷. Eine solche Regelung hätte m.E. auch in bezug auf die **grossen Aktiengesellschaften** überprüft werden sollen³⁸ ³⁹.

30 Vgl. vorne § 3 RZ 5 und 79.

31 Vgl. vorne § 3 RZ 48ff und 79.

32 Vgl. Forstmoser, Aktienrechtsreform 129: "Ganz allgemein schiene es mir richtig, die Reformvorschläge als Ganzes daraufhin zu untersuchen, ob sie für sämtliche Aktiengesellschaften passen" und derselbe, Bilanz 105, personenbezogene AG 55 und Reformvorschläge 59 sowie Weber 29f.

33 Forstmoser, personenbezogene AG und derselbe Bilanz a.a.O., vgl. auch Mijalovic 63 und Kamber 46 sowie Vischer, Aktienrechtsreform 156.

34 Vgl. auch Forstmoser, Leitbild 16.

35 Vgl. vorne § 3 a.a.O.

36 Vgl. Bär a.a.O. 142.

37 Vgl. OR 880 und 892.

38 Vgl. dazu kritisch Bär, Aktienrechtsreform 140ff sowie Vischer a.a.O.

II. E 629 II

9 Dieses **absolute Einstimmigkeitsquorum** ⁴⁰ ist identisch mit demjenigen von OR 638 II ⁴¹. Es kann diesbezüglich auf vorne § 7 RZ 87ff verwiesen werden.

10 Betreffend den - wegen der Abschaffung der Simultangründung etwas modifizierten - Anwendungsbereich dieser Norm vgl. Botschaft 111 ff.

11 Die "besondere Beschlussfassung", welche für die Sukzessivgründung für die Tatbestände der Sacheinlage, Sachübernahme und Gründervorteile erforderlich war, wird im Entwurf ersetzt durch eine **vermehrte Offenlegung und Prüfung** ⁴².

III. E 654 UND 656F IV I.V.M. E 703, E 657 IV

12 Das Präsenzquorum von OR 655 wurde ersatzlos gestrichen. Demzufolge ist für die Sonderzustimmung ⁴³ der Vorzugsaktionäre zur Ausgabe weiterer, noch mehr privilegierter Vorzugsaktien bzw. zu einer Abänderung oder Aufhebung ihrer Rechte ⁴⁴ sowie für den entsprechenden GV-Beschluss ⁴⁵ das allgemeine Stimmenquorum von OR 703 bzw. - bei der Ausgabe weiterer Vorzugsaktien - das besondere Stimmenquorum von E 704 I anwendbar ⁴⁶. Das allgemeine Stimmenquorum findet auch Anwendung für die Aufhebung der Vorrechte und der statutarischen Mitwirkungsrechte der Partizipanten, vgl. E 656f IV und vorne § 7 RZ 34. Hingegen wurde das

39 Einige weitere Sonderregelungen finden sich sodann auch für Genossenschaften mit mehr als tausend Mitgliedern, Vgl. OR 886 II und 893 I.

40 Vgl. vorne § 23 RZ 54.

41 Vgl. auch Botschaft 111.

42 Vgl. ausführlich E 629 ff und dazu die Botschaft a.a.O.

43 Vgl. vorne § 7 RZ 29ff.

44 Vgl. dazu vorne § 7 RZ 265, 273ff, 284ff.

45 Vgl. vorne a.a.O.

46 Vgl. Botschaft 131, wobei sie das besondere Stimmenquorum von E 704 I nicht erwähnt (vgl. dazu aber hinten RZ 32: Der in E 704 I erwähnte Begriff des "besonderen Vorteils" ist identisch mit demjenigen des Gründervorteils und unter diesen sind sämtliche Vorteile und somit auch Vorzugsaktien zu subsumieren, vgl. vorne § 7 RZ 86). Dieses gilt m.E. - falls die Voraussetzungen gegeben sind (vgl. hinten RZ 32) - im Hinblick auf den Schutzzweck der Quoren (vgl. vorne § 3 RZ 8ff, 40ff) sowohl für den GV- wie auch für den Sonderversammlungsbeschluss)

zwingende Präsenz-/Stimmenquorum von OR 657 V im Hinblick auf den Verzicht der Genussscheininhaber auf einzelne oder alle ihre Rechte beibehalten ⁴⁷ wobei der Entwurf nur noch auf die **Genussscheintitel** abstellt ⁴⁸. Dieses Quorum gilt aber neu nicht mehr auch für die Partizipanten ⁴⁹.

IV. E 703

13 OR 703 wurde im Entwurf unverändert beibehalten. Es kann deshalb vollumfänglich auf vorne § 3 RZ 334ff verwiesen werden.

14 Immerhin hätte man auch diese Bestimmung einer **kritischen Prüfung** unterziehen ⁵⁰ und z.B. prüfen können, ob nicht besser analog dem Recht der GmbH und der Genossenschaft statt auf die vertretenen auf die **abgegebenen Stimmen** abzustellen wäre ⁵¹.

15 Damit wären jedenfalls die echten Stimmenthaltungen zulässig, wogegen beim Abstellen auf die vertretenen Stimmen diese jeweils als Nein-Stimmen zu qualifizieren sind ⁵².

V. E 704 I

1. Quorum

a) Umschreibung und Art

16 Das Quorum erfordert "**zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte**".

47 Vgl. dazu vorne § 7 RZ 294ff.

48 Vgl. E 657 IV.

49 Vgl. Botschaft 132ff, 136ff.

50 Vgl. Forstmoser/Hirsch, Revision 34f und Brunner 36ff.

51 Vgl. OR 808 II für die GmbH und OR 888 I für die Genossenschaft.

52 Vgl. vorne § 4 RZ 39, 81 und 90.

17 Es handelt sich um ein qualifiziertes Mehrheits- und **Stimmen-/Kapitalquorum**, welches sowohl auf die vertretenen Stimmen als auch auf die vertretenen Aktiennennwerte, d.h. auf das vertretene Aktienkapital abstellt ⁵³. Auch hier wäre allenfalls im Hinblick auf die Stimmenthaltungen besser jeweils auf die **abgegebenen Stimmen** abgestellt worden ⁵⁴.

18 Sodann handelt es sich um ein **einseitig zwingendes Quorum**. Dies deshalb, weil der Gesetzgeber jedenfalls im Bereich der geltenden Quorumsbestimmungen ⁵⁵ den dispositiven Charakter immer gekennzeichnet hat (... "sofern die Statuten nichts anderes bestimmen...") ⁵⁶ und weil es sich um ein erschwertes Mehrheitsquorum und damit um eine Schutznorm handelt ⁵⁷. Solche Bestimmungen sind i.d.R. einseitig zwingend ⁵⁸. ⁵⁹.

b) Sinn und Zweck

19 Vgl. dazu vorne § 3 RZ 8ff, 40ff, 73, 81.

c) Berechnung

20 In der Regel ⁶⁰ entspricht das Stimmenquorum dem Kapitalquorum, m.a.W. wenn das erstere erreicht ist, so ist auch das Kapitalquorum erfüllt ⁶¹ ⁶². Hat eine Gesellschaft aber **Stimmrechtsaktien** ausgegeben, so

53 Vgl. vorne § 4 RZ 7ff, 14ff.

54 Vgl. vorne § 4 RZ 89f.

55 Vgl. demgegenüber E 713 I und dazu hinten § 10 RZ 2ff.

56 Vgl. auch die vorangehende Bestimmung von OR 703, wo diese Formulierung gewählt wurde. Daraus ergibt sich in systematischer Hinsicht, dass das Quorum zwingend ist. Vgl. auch vorne § 5 RZ 10.

57 Vgl. vorne § 3 RZ 8ff.

58 Vgl. Fröhlich 76f, 78.

59 Vgl. auch den Wortlaut "...mindestens...." und "...ist erforderlich für....". Befehlsformen mit Indikativ im Wortlaut sind Indizien für den zwingenden Charakter einer Norm, vgl. vorne § 5 RZ 10. und auch Böckli, Revision, 257ff., 267 FN 95 wo er erklärt, der zwingende Charakter von E 704 I ergebe sich aus E 627 Ziff. 11; vgl. dazu vorne bei § 1 RZ 59. M.E wird dies jedenfalls aus der erwähnten Norm heraus nicht klar.

60 Falls das Stimmrecht nach dem Kapitalanteil bemessen wird, vgl. OR 692 und 693, welche im E unverändert beibehalten werden, vgl. dazu vorne § 2 RZ 15ff, § 4 RZ 60ff.

61 Vgl. Botschaft 172 und vorne § 2 a.a.O.

62 Vgl. zur analogen Problematik bei den Präsenz-/Stimmenquoren von OR 636 und 648 I OR, bei welchen nebst dem qualifizierten Kapitalmehr auch noch das absolute Mehr der Aktienstimmen verlangt wird, vgl. vorne § 4 RZ 66ff, 69.

trifft dies nicht zu und es ist **gesondert zu prüfen, ob die beiden Quoren erreicht worden sind** ⁶³.

21 Vgl. im übrigen vorne § 4 RZ 39, 59ff, 70ff, 75ff, 81f, 93, 97. ⁶⁴

d) **Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten**

21a Vgl. dazu vorne § 5 RZ 10, 14, 23, 40.

2. **Anwendungsbereich**

22 Das Quorum umfasst insgesamt **sieben Anwendungsbereiche**, welche z.T. schon unter dem geltenden Recht einer erschwerten Quorumsvorschrift unterstehen:

a) **Die Aenderung des Gesellschaftszweckes und die Einführung von Stimmrechtsaktien**

23 Bisher war für diese Tatbestände ein zwei Drittels Kapitalquorum (und das Stimmenquorum von OR 703) **vorgeschrieben** ⁶⁵.

24 In OR 648 I ist lediglich die "Umwandlung" des Gesellschaftszweckes erwähnt, während in E 704 II Ziff. 1 von "**Aenderung**" des Gesellschaftszweckes die Rede ist. M.E. handelt es sich bei diesem neugewählten Wortlaut des Entwurfs nicht um eine Neuerung in bezug auf den Anwendungsbereich von OR 648 I, m.a.W. es gelten auch hier die zum Tatbestand der "Umwandlung" von Lehre und Rechtsprechung erarbeiteten Subsumptionskriterien ⁶⁶.

⁶³ Das erste Quorum bemisst sich sodann nach der Aktienzahl, vgl. § 4 RZ 64.

⁶⁴ Es handelt sich um ein reines Stimmenquorum, vgl. vorne § 2 RZ 7. Unpräzise sind daher diejenigen Ansichten, welche erklären, es handle sich um ein "Anwesenheitsmehr", vgl. etwa Schorer 119.

⁶⁵ Vgl. vorne § 7 RZ 110ff.

⁶⁶ M.E. geht auch die Botschaft von dieser Gleichstellung aus, vgl. a.a.O. 172.

25 Bezüglich der **Einführung von Stimmrechtsaktien** ist es bedauerlich, dass der Entwurf keine präzisere Umschreibung dieses **Anwendungsbereiches** vornimmt ⁶⁷, haben sich doch im Hinblick auf OR 648 I, welcher denselben Wortlaut enthält, zahlreiche Auslegungsschwierigkeiten ergeben ⁶⁸. Immerhin wird die Problematik nach neuem Recht insofern entschärft, als das Quorum keine qualifizierte Präsenz mehr erfordert und die beschlussfassende Versammlung daher mit auch nur einem Mitglied (positiv) beschlussfähig ist ⁶⁹. Die Ausgabe von Stimmrechtsaktien ist nicht mehr unbeschränkt zugelassen, vgl. E 656 b.

b) **Die Beschränkung der Uebertragbarkeit von Namenaktien**

26 Gemäss Botschaft ist darunter sowohl **die Einführung wie auch jede Verschärfung einer Vinkulierung** zu subsumieren ⁷⁰.

27 Zur Möglichkeit der Vinkulierung ⁷¹ der Aktien einer Gesellschaft ist festzuhalten, dass der Entwurf die Gründe für die Ablehnung eines Gesuchs um Zustimmung zur Uebertragung von Namenaktien im Gegensatz zum geltenden Recht ⁷² **explizit und einschränkend regelt**. Während im geltenden Recht lediglich bestimmt wird, die Gesellschaft könne die Eintragung in das Aktienbuch aus den Gründen verweigern, **die in den Statuten vorgesehen sind** und dass in den Statuten schliesslich bestimmt werden könne, "dass die Eintragung ohne Angabe von Gründen verweigert werden dürfe" ⁷³, lässt der Entwurf **lediglich noch die Ablehnung aus wichtigen Gründen** zu und präzisiert diese sogar noch, indem er einzelne Anwendungsfälle festhält und den "anderen", statutarisch normierten wichtigen Gründen Schranken setzt ⁷⁴. M.a.W. müssen auch die statutarischen Ablehnungsgründe "wichtige" Gründe im Sinne von E 685 II b Ziff. 3 sein. Dadurch werden die statutarischen Bestimmungen über die Zusammensetzung

67 Vgl. betreffend einen Aenderungsvorschlag vorne § 3 RZ 159.

68 Vgl. vorne bei § 3 RZ 117ff.

69 Vgl. vorne § 1 RZ 84ff; § 2 RZ 5, 7ff; vgl. auch die Kritik dieser Norm vorne RZ 1ff.

70 Vgl. Botschaft 172.

71 Vgl. dazu insbesondere Benz und Würzer.

72 Vgl. zum Recht des Aktionärs auf freie Uebertragbarkeit seiner Aktien vorne § 7 RZ 192ff.

73 Vgl. OR 686 I und II.

74 Vgl. E 685 b II und Ziff 3 und 4. Es handelt sich um eine Generalklausel, "über die man noch viel schreiben und reden wird", vgl. Mengiardi, Reformen 42 und Böckli, Revision 265.

des Aktionärskreises eingeschränkt ⁷⁵. Lehnt die Gesellschaft einen neuen Erwerber ab, ohne ihm wichtige Gründe dafür bekanntzugeben, so ist sie verpflichtet, dem Veräusserer die Aktien für eigene Rechnung oder für Rechnung anderer Aktionäre zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuches zu übernehmen. ⁷⁶ Die voraussetzungslose Vinkulierung ist daher nur noch beim Vorhandensein wichtiger Gründe für die Ablehnung möglich ⁷⁷ und wird - als Schutzmassnahme für die Aktionäre - somit insgesamt gelockert ⁷⁸.

28 Im Gegensatz zur **Einführung von Stimmrechtsaktien** ⁷⁹ bedarf lediglich die **statutarische** Einführung oder Verschärfung der Vinkulierungsbestimmungen der qualifizierten Zustimmung, **nicht auch die Ausgabe von Namenaktien oder die Umwandlung von Inhaber- in Namenaktien**, für die eine vorbestehende statutarische Uebertragungsbeschränkung Anwendung findet ⁸⁰

29 Die in E 685 b II Ziff. 1 und 2 genannten "**wichtigen Gründe**" - nämlich die Erhaltung des schweizerischen Charakters der Gesellschaft und der Ausschluss der Konkurrenz von der Gesellschaft - müssen in den Statuten nicht **ausdrücklich** genannt werden. Es genügt, "wenn die Statuten bloss die Ablehnung aus wichtigen Gründen erlauben". ⁸¹

c) Die genehmigte oder die bedingte Kapitalerhöhung

30 Genehmigte Kapitalerhöhungen ⁸² stellen eine - allerdings geringe ⁸³ - **Kompetenzverschiebung von der Generalversammlung zum Ver-**

⁷⁵ Vgl. auch von Greyerz, Aktionärsschutz 451.

⁷⁶ Vgl. E 685 b I und dazu von Greyerz, a.a.O. 6f und Botschaft 155.

⁷⁷ Vgl. Mengiardi, Reformen 41 ff.

⁷⁸ Vgl. Mengiardi, Minderheitenschutz 85 und Böckli, Revision 265 sowie von Greyerz, Ausgangslage 7.

⁷⁹ Hier ist sowohl die erste, wie u.U. auch jede weitere "Einführung" von Stimmrechtsaktien nach der Gründung, d.h. die Statutenänderung wie auch die Ausgabe der Aktien dem qualifizierten Quorum unterworfen, vgl. vorne § 7 RZ 187ff.

⁸⁰ Vgl. von Greyerz, Kapitalerhöhung 95, welcher in diesem Zusammenhang auf E 650 II Ziff. 7 hinweist.

⁸¹ Vgl. Botschaft 145.

⁸² Vgl. dazu E 651 ff und ausführlich von Greyerz, Kapitalerhöhung sowie Vischer, Kapital 1 ff und kritisch Hunziker 92.

⁸³ Vgl. Hunziker 92.

waltungsrat dar.⁸⁴ Bei der **bedingten Kapitalerhöhung**⁸⁵ wird der **Entscheid über die Erhöhung** sogar in die Hände Dritter (Obligationäre oder Arbeitnehmer) gelegt.⁸⁶ Die übrigen Erhöhungskompetenzen bleiben aber bei der GV⁸⁷.

31 Aufgrund des Gesetzeswortlautes unterliegt **jeder Beschluss der GV**, welcher eine solche qualifizierte, d.h. entweder eine genehmigte, oder eine bedingte Kapitalerhöhung zum Inhalt hat,⁸⁸ diesem qualifizierten Zustimmungsquorum, also **nicht nur die erstmalige qualifizierte Kapitalerhöhung**⁸⁹. Diese GV-Beschlüsse müssen immer auch in die Statuten eingetragen werden⁹⁰.

d) Die Kapitalerhöhung aus Eigenkapital, gegen Sacheinlage oder zwecks Sachübernahme und die Gewährung von besonderen Vorteilen

32 Zu den Begriffen der **Sacheinlage**, **Sachübernahme** sowie des **besonderen Vorteils**, welcher gemäss den Ausführungen der Botschaft mit demjenigen des **Gründervorteils**⁹¹ identisch ist und unter welchen somit **jeder Vorteil**, also auch auch die Ausgabe von **Vorzugs-, Stimmrechtsaktien** und **Genussscheinen** bei der Kapitalerhöhung zu subsumieren ist⁹², sei auf vorne § 7 RZ 74ff verwiesen. Somit wird auch nach der Lösung des Entwurfs die Schaffung von Stimmrechtsaktien bei der Kapitalerhöhung u.U. ei-

84 Vgl. Botschaft 173 und 49 ff sowie Krebs 107 und ausführlich von Greyerz, Kapitalerhöhung 98 ff. Vgl. auch Forstmoser, Revision 11ff.

85 Vgl. dazu E 653 ff und ausführlich von Greyerz a.a.O.

86 Vgl. Botschaft 173 und 53 ff.

87 Vgl. Forstmoser, Revision 12.

88 Bei der genehmigten Kapitalerhöhung fällt die GV lediglich einige **Grundsatzentscheide** (vgl. E 651 i.V.m E 650 II) und delegiert den eigentlichen Kapitalerhöhungsbeschluss an den Verwaltungsrat, indem dieser über den Umfang der Erhöhung, die Art der Einlage und den Beginn der Dividendeberechtigung beschliesst (vgl. von Greyerz, Kapitalerhöhung 99f und Hunziker a.a.O.) Dieser Beschluss der GV unterliegt dem qualifizierten Quorum von E 704 I. Bei der bedingten Kapitalerhöhung beschliesst die GV dagegen über sämtliche Elemente derselben ausser über den Zeitpunkt (E 653b). Bei diesem Beschluss handelt es sich eher um einen "echten" Kapitalerhöhungsbeschluss. Den **Feststellungsbeschluss** fällt nach neuem Recht ohnehin - bei jeder Kapitalerhöhung - der Verwaltungsrat (vgl. von Greyerz a.a.O. 100).

89 Vgl. von Greyerz a.a.O. 94.

90 Vgl. E 651 I und E 653 I sowie E 627 II Ziff. 8.

91 Botschaft 173.

92 Vgl. vorne § 7 RZ 86.

nem erschwerten Quorum unterworfen⁹³. Dies ergibt sich u.E. aber schon aufgrund einer teleologischen Auslegung des Begriffes Einführung⁹⁴. Allerdings schränkt diese Auslegung den Anwendungsbereich erschwelter Quoren u.U. auch ein⁹⁵. **Diese zweckorientierte Auslegung gilt m.E. auch unter dem neuen Recht.** Zu den Sonderversammlungen und Sonderbeschlussfassungen der Genussscheininhaber und Vorzugsaktionäre vgl. vorne RZ 12.

33 Die Kapitalerhöhung aus Eigenkapital kann für den einzelnen Aktionär mit **Nachteilen** verbunden sein, weshalb sich die Unterstellung unter dieses qualifizierte Quorum rechtfertigt⁹⁶

e) **Die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft**

34 Diesbezüglich kann vollumfänglich auf vorne § 7 RZ 253ff verwiesen werden.

f) **Die Auflösung der Gesellschaft ohne Liquidation**

35 Dieser Tatbestand tritt ein bei der **Fusion**, bei der **Uebernahme durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts** und bei der **Umwandlung** in eine GmbH.⁹⁷

36 Zur **Fusion** vgl. vorne § 7 RZ 244ff.

37 Betreffend die **Uebernahme** durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und die Umwandlung in eine GmbH vgl. insbesondere F. von Steiger, AG 349ff und Schucany sowie Funk je zu Art. 748ff und auch W. von Steiger und Janggen/Becker zu OR 824.

93 Vgl. schon oben RZ 25 i.V.m. § 7 RZ 122ff.

94 Vgl. vorne RZ 25 und § 7 RZ 143ff.

95 Vgl. vorne § 7 RZ 143ff und insbesondere 234.

96 Vgl. Botschaft 173.

97 Vgl. OR 748 ff und 824.

g) Kritik

38 Unter dem Gesichtswinkel des **Minderheitsaktionärs-Schutzes**⁹⁸ wäre es allenfalls auch sinnvoll gewesen, den Tatbestand der **Beseitigung und Einführung**⁹⁹ von Statutenbestimmungen über die Erschwerung und Erleichterung¹⁰⁰ der **Beschlussfassung dem erschwerten Quorum** von E 704 I zu unterstellen, wobei der Minderheitenschutz durch reine Stimmenquoren gerade bei Kleingesellschaften nicht sehr effizient ist¹⁰¹.

39 M.E. hätten auch die weiteren, in OR 649 I genannten Gegenstände in E 704 II aufgenommen werden müssen.¹⁰² Sinnvoll erscheint angesichts der diesbezüglichen Rechtsunsicherheit lediglich die Eliminierung des Tatbestandes der **"Erweiterung und Verengung des Geschäftsbereiches"**¹⁰³.

40 Im Vorentwurf waren sodann sämtliche Statutenänderungen einem qualifizierten Mehr unterworfen¹⁰⁴. Das System, lediglich einzelne qualifizierte Statutenänderungen einer erschwerten Beschlussfassung zu unterstellen, ist m.E. jedoch sinnvoller, weil auch der Verwaltungsrat nach künftigem Recht bei Statutenänderung in Krisenzeiten dazu in Einzelfällen kompetent ist¹⁰⁵ und diese Beschlussfassungen desselben nicht von so grosser Tragweite sind, dass auch sie einem erschwerten Quorum unterworfen werden müssten¹⁰⁶.

98 Vgl. dazu vorne § 3 RZ 10ff, 23.

99 Vgl. vorne § 5 RZ 34f, 47.

100 Vgl. vorne § 5 RZ 18aff, 37ff.

101 Vgl. dazu vorne RZ 5f.

102 Vgl. auch Böckli, Revision 267 FN 95 und vorne § 7 RZ 240ff.

103 Vgl. vorne § 7 RZ 241ff.

104 Vgl. VE 647 und Teilrevision des Aktienrechts 89, 127.

105 Vgl. vorne RZ 30.

106 Vgl. Hunziker a.a.O.

VI. E 701

41 Auch unter künftigem Recht ist die **Universalversammlung** zugelassen. Der Entwurf nimmt diesbezüglich keine Aenderung des geltenden Rechts vor, weshalb vollumfänglich auf vorne verwiesen werden kann. § 7 RZ 21ff, 327ff.

§ 10 VERWALTUNGSRATSQUOREN DES KÜNFTIGEN RECHTS

I. VORBEMERKUNG

1 Als grosse Neuerung ist im Entwurf ein **allgemeines Beschlussquorum für Verwaltungsratsbeschlüsse** enthalten. Damit wird die bisher bestehende **Unklarheit** beseitigt ¹.

II. E 713 I

1. Quorum

a) Umschreibung

2 Das Quorum erfordert die "**Mehrheit der abgegebenen Stimmen**".

b) Art

3 Es handelt sich um ein **dispositives, einfaches Mehrheits-Stimmenquorum**, welches sich nach **Köpfen** bemisst ².

4 Auch wenn z.T. bemängelt wird, dass der Entwurf nicht genau erklärt, **welche Mehrheit** hier anwendbar ist ³, so ergibt sich doch aus einer **systematischen Betrachtung** des Gesetzes, das hier unzweideutig auf das **einfache Mehr** abzustellen ist ⁴: Es gilt dasselbe, was schon vorne bezüglich der Abgrenzung zwischen zwingendem und nicht zwingendem Recht ausgeführt wurde ⁵. Will der Gesetzgeber ein qualifiziertes Mehr normieren,

1 Vgl. vorne § 8 RZ 45ff und auch Engel a.a.O. A.M. Forstmoser, welcher erklärt, das in E 713 I erwähnte Quorum habe sich bisher von selbst verstanden (Aktienrechtsreform 123 und Reformvorschläge 61). Vgl. demgegenüber vorne § 8 RZ 48 und 51.

2 Vgl. vorne § 2 RZ 20.

3 Vgl. etwa Schaub 160 und Forstmoser, Aktienrechtsreform 123 sowie derselbe, Reformvorschläge 61.

4 Vgl. auch Engel 302 ff.

5 Vgl. vorne § 5 RZ 10.

so erwähnt er dies **ausdrücklich** ⁶ ⁷. In allen übrigen Fällen, wo lediglich eine "**Mehrheit**" erwähnt wird ⁸ gilt demzufolge die **einfache Mehrheit** ⁹ ¹⁰ ¹¹.

5 Im Hinblick auf die weiteren Gesetzesbestimmungen, in deren Zusammenhang E 713 I steht, ist das "Schweigen" des Gesetzgebers im Hinblick auf die Qualifizierung der für Verwaltungsratsbeschlüsse anwendbaren Mehrheit also durchaus **systemkonform** und eine **ausdrückliche** Regelung wäre allenfalls sogar **systemwidrig** ¹² ¹³.

6 **Berechtigt** ist dagegen die Kritik betreffend die "**Rechtsnatur**" von E 713 I ¹⁴. Grundsätzlich ist bei den gesetzlichen Quoren - wie vorne gezeigt wurde ¹⁵ - darauf abzustellen, dass **das dispositive Recht vom Gesetzgeber gekennzeichnet** wurde ¹⁶. Aufgrund einer systematischen Betrachtungsweise könnte daher gefolgert werden, das Verwaltungsratsbeschlussquorum des Entwurfs sei **zwingend** ¹⁷. Zu einer solchen Annahme führt auch der **imperative Wortlaut** der Norm ¹⁸.

7 Auch aufgrund des Zweckes der Norm - welcher bei kleinen Familiengesellschaften mit Personalunion zwischen GV und Verwaltungsrat ¹⁹ wie bei den Mehrheits- GV-Quoren u.a. im **Minderheitenschutz** besteht ²⁰ und allgemein auch das Verhältnis von Verantwortung und Macht regu-

6 Vgl. z.B. E 703, 704 I und OR 636, 638 II, 703, 808 II sowie 888 I und II betreffend GV Beschlüsse.

7 Vgl. Engel 303; "...lorsque le législateur veut que la majorité soit absolue, il trouve le mot pour le dire...", ebenso Reymond 62.

8 Vgl. z.B. ZGB 67 II sowie 647a II, 647 b-d und 712m II i.V.m. ZGB 67 betreffend Vereins- und Miteigentümerbeschlüsse).

9 Vgl. dazu auch vorne § 5 RZ 10.

10 Vgl. Engel a.a.O. und auch Botschaft 176.

11 A.M.Rossel/Mentha 227, 151 und Heini 562 sowie Egger Art. 67 N 8, welche erklären, es sei sodann die **absolute Mehrheit** anwendbar.

12 Vgl. auch Engel a.a.O. 304.

13 Vgl. demgegenüber § 113 des (d)AktG, wo ausdrücklich die "einfache" Stimmenmehrheit erwähnt wird. Dieses Quorum gilt auch für den Aufsichtsrat, vgl. dazu Fussan 509.

14 Vgl. etwa Schaub 160 und Forstmoser, Reformvorschläge a.a.O. sowie derselbe, Aktienrechtsreform a.a.O. und Reymond 62.

15 Vgl. vorne § 5 RZ 10.

16 Vgl. E und OR 703 : "...falls die Statuten nichts anderes bestimmen...".

17 Vgl. vorne § 5 RZ 10.

18 Vgl.vorne a.a.O.

19 D.h. mit faktischer **Selbstorganschaft** vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 1 N 14

20 Vgl. vorne § 3 RZ 23ff.

liert ²¹ - liegt der Schluss nahe, es handle sich um eine **einseitig zwingende** Regelung ²².

8 Indessen ist auch der Entwurf - wie vorne gezeigt wurde ²³ - am Leitbild der **Publikumsgesellschaft** orientiert ²⁴, weshalb nicht anzunehmen ist, der Schutzcharakter stünde im Vordergrund und diese Regelung sei als eine einseitig zwingende konzipiert ²⁵ ²⁶. Es ist aber unerfindlich und uneinsehbar, weshalb der **Gesetzgeber hier - im Gegensatz zum allgemeinen Stimmenquorum der GV - keine Klarheit, sondern eine Rechtsunsicherheit schafft** ²⁷.

c) Sinn und Zweck

9 Vgl. dazu vorne RZ 7 und ausführlich § 3 RZ 3ff.

d) Berechnung

10 Vgl. dazu vorne § 4 RZ 41, 59ff, 79f, 87ff.

e) Innergesellschaftliche Abweichungsmöglichkeiten

10a Vgl. dazu vorne § 5 RZ 12, 26ff, 39, 41ff.

21 Ideal wäre diesbezüglich das Einstimmigkeitsprinzip. vgl. § 3 RZ 3ff.

22 Vgl. auch Forstmoser, Reformvorschläge 61. Vgl. zur Verwaltungsratstypologie im Einzelnen Vischer, Aktienrechtsreform 159ff.

23 Vgl. vorne § 9 RZ 1ff.

24 Vgl. vorne § 8 RZ 1ff.

25 Wiederum wäre - aus dem Gesichtswinkel des Gesellschaftsschutzes - die Annahme möglich, es handle sich um eine in bezug auf weitere Erschwerungen einseitig zwingende Norm, indem keine über die gesetzliche hinausgehende Erschwerung zulässig wäre.

26 Ebenso Schaub a.a.O.; Forstmoser a.a.O.; Reymond 62. Reymond will eine Ausnahme von der dispositiven Natur von E 713 I in bezug auf Verwaltungsratsbeschlüsse, welche über die Abweisung eines Einberufungsgesuches durch den Präsidenten entscheiden (E 715 V). Eine solche Ausnahme ergibt sich m.E. aber nicht aus dem Gesetz und ist auch nicht systemkonform, sind doch z.B. die "wichtigen" einem erschwerten Quorum unterworfenen Beschlüsse der GV im Gesetz **gesondert** aufgelistet (E 704 II). Wäre dies auch für gewisse Verwaltungsratsbeschlüsse im neuen Recht der Fall, so wäre dies ausdrücklich zu normieren gewesen.

27 Vgl. auch Reymond a.a.O. und die oben in FN 14 zitierten Autoren.

2. Anwendungsbereich

11 Es handelt sich - analog dem Quorum von OR 703 bei der GV - um ein "**allgemeine Stimmenquorum**" des Verwaltungsrates, welches für sämtliche Beschlussfassungen desselben anzuwenden ist, für welche nicht gesetzlich oder statutarisch ein "besonderes" Quorum normiert wurde ²⁸. Es gilt auch für die Beschlussfassung der **Delegierten** und **Ausschüsse** ²⁹

III. UNIVERSALVERSAMMLUNGEN UND ZIRKULATIONS-BESCHLÜSSE

12 Sowohl die Beschlussfassung auf dem Zirkularweg wie auch diejenige an einer Universalversammlung sind auch im künftigen Recht zulässig ³⁰. Es kann deshalb vollumfänglich auf vorne § 8 RZ 19ff, 34ff und RZ 26 verwiesen werden.

28 Vgl. dazu vorne § 7 RZ 341ff.

29 Vgl. Engel 304, welcher "organes subordonnées" erwähnt. Zur Beschlussfassung in diesen vgl. vorne § 8 RZ 24 und § 1 RZ 46f.

30 Vgl. E 713 II, welcher mit OR 716 identisch ist.

SACHREGISTER

Die nachfolgend aufgeführten Ziffern beziehen sich jeweils auf Paragraphen und Randziffern.

A**Absolutes Mehr s. Mehr****Abstimmung** 1/30ff; 3/64ff; 4/3ff; 4/12ff

- Berechnung des Ergebnisses 4/43ff; 50ff
- Einheit der 4/11
- geheime 4/16ff
- offene 4/14ff
- Selbständigkeit der 4/11

Abweichungsmöglichkeiten von den Quoren 5/1ff**Additionsmethode** 4/45**Aktienspaltung** 7/199ff**Aktienzahlquoren** 2/17ff, 32; 4/56, 75ff; 7/38ff, 58f, 87, 95, 236, 264, 294, 322f**Aktionärsrechte** 2/23, 27; 3/26ff**Aktionärsschutz** 3/10ff, 29ff, 33ff; 7/146ff**Anfechtung von Beschlüssen** 1/73, 83; 6/15aff, 27**Antrag**

- Abänderung 7/53
- Ablehnung 1/72, 75, 83; 6/23
- Annahme 1/88
- Begriff 1/30 FN 67
- Inhalt 1/83 FN 293
- und Mehrheitsprinzip 1/60
- und Quorum 1/86

Anwesenheitsquoren s. Präsenzquoren**Auflösung der Gesellschaft** 7/247ff; 4/106, 119, 293; 9/35**Ausgabe**

- von Stimmrechtsaktien 7/140ff, 160ff
- von Vorzugsaktien 7/140ff, 273ff

Auslegung

- der Gesetzesnormen 5/10, 83; 7/191ff
- grammatikalische 5/10; 7/83, 122ff
- historische 7/129ff
- der Stimmabgaben 4/21ff
- systematische 7/138ff, 180, 318
- teleologische 7/143ff, 159, 318

Ausstellung von Genussscheinen 7/140, 302ff**Auszählung der Stimmen** 4/43ff

- Additionsmethode 4/45
- Subtraktionsmethode 4/46ff

B**Begriff des Quorums** 1/10ff

- Meinungsstand 1/11 - 13
- Präzisierung 1/18 - 24
- Neudefinition 1/25

Berechnung der Quoren 4/50ff**Beschluss**

- Begriff 1/36, 78ff
- echter und unechter 1/55, 58
- und Einmannorgan 1/50ff
- und Entschluss 1/37, 50ff, 56
- Entstehung 1/61ff
- fiktiver 1/54
- Funktion 1/37, 40
- Gesamt- und Sonderbeschluss 1/37 FN 90; 7/37
- Inhalt 1/36
- Konstitutivvoraussetzungen 1/58ff, 67ff, 71ff, 84ff, 88
- und Mehrheitsprinzip 1/58ff, 71ff
- Nichtbeschluss 1/69
- nichtiger und anfechtbarer 6/2ff, 15aff
- positiver und negativer 1/68ff, 72, 75, 77, 81, 83, 85, 88, 6/23ff, 27; 7/10f
- und Rechtsgeschäft 1/37
- Repräsentanz 1/29; 3/59ff, 62; 9/6
- Stabilität 1/59ff; 3/59ff; 9/6

Beschlussfähigkeit (positive) s. Präsenzquorum**Beschlussfassung** 1/26ff

- besondere 7/37, 70, 108; 9/11f
- Berechnung 4/1ff, 43ff, 50ff
- Ergebnis 1/36
- Erschwerung 1/70
- fiktive 1/56
- und körperschaftl. Willensbildung 1/27f, 38ff
- in den Organen 1/39 FN 108
- Pflicht zur Beschlussfassung 1/42; 7/6ff
- positive 1/20ff
- bei Präsenzquoren 4/58
- und Quoren 1/30
- im engeren Sinn 1/32, 34
- Stabilität und Repräsentanz 3/59ff, 63
- Voraussetzungen 4/3
- im weiteren Sinn 1/35
- Zweck 1/28, 57

Besonders qualifiziertes Mehr s. Mehr

Bezugsrecht 7/162ff, 283

C

Cumulative voting 2/51ff; 4/85

D

Delegation 1/42

- unzulässige 1/42

- zulässige 1/46, 56

Demokratie in der AG 2/29, 3/48ff

- und Grundkapital 3/56, 60

- Voraussetzungen 3/52ff, 60ff

Demokratisches Prinzip

- bei der Abstimmung 3/64ff

Dispositive Normen 5/10ff, 26ff, 39ff, 236, 259, 264, 294, 334; 10/3

E

Eigene Aktien 4/55, 64 FN 237, 96, 109

Einfaches Mehr s. Mehr

Einführung

- von Stimmrechtsaktien 7/118ff, 160ff

Einmann AG 1/52 FN 163; 2/25; 7/4

Einmannorgan 1/37, 50ff, 54; 2/25

Einstimmigkeitsquoten

- absolute 2/54; 3/76; 7/88, 92, 95f, 206, 322; 9/9

- Berechnung 4/62, 86

- gesetzliche 2/30; 7/38ff

- relative 2/55; 3/76; 7/58f

Entschluss 1/37, 50ff, 55

Entstehung

- eines positiven Beschlusses 4/137

Entwurf 1/5; 9/1ff; 10/1ff

Erleichterung

- der Beschlussfassung 5/11

Errichtungsakt 7/92, 262

Erschwerung

- der Beschlussfassung 1/70; 5/18aff; 7/114f

F

Firma

- Abänderung 7/250ff

Formalakte

- der AG 1/52ff, 54

Funktionsunfähigkeit der AG 4/119

Fusion 7/244ff; 9/36

G

Gegenstand und Zweck der AG 7/112f, 241ff, 255; 9/23ff

Generalversammlung

- Anwesenheit 7/7
- Arten 7/13ff
 - konstituierende 7/13f, 92
 - ordentliche und a.ordentliche 7/16ff
 - Sonderversammlungen 7/27ff, 269
 - Universalversammlung 7/20ff
- Begriff 1/52; 7/2ff; 9
- Beschlussfähigkeit (pos.) 7/10
- Beschlussfassung 1/27ff; 7/38ff
- Einberufung 7/6
- Funktion 1/38; 2/22; 7/8, 12
- Kompetenzen 1/42 FN 115 und 117
- Quoren 7/38ff; 9/9ff
- Sicherung des Prinzips der 3/48ff
- Teilnahmeberechtigung 4/65, 109ff
- Teilnahmepflicht 4/52, 120
- Voraussetzungen 7/5
- GV Beschlüsse** 1/45ff
 - Anfechtbarkeit 5/15aff
 - Nichtigkeit 5/2ff
 - Wirkung 1/48
- Genussscheine** 7/86, 263, 297ff; 9/12
- Genussscheininhaber** 7/32ff, 297ff, 317ff; 9/12
- Gewinnverwendung** 1/42
- Gleichbehandlungsgrundsatz** 7/162f, 173ff, 188
- Gratiskapitalerhöhung** 7/169, 184, 214, 285, 312
- Gründer** 7/87
- Gründerbericht** 7/80
- Gründervorteile** 7/74, 77, 261

H

Handelsregistereintrag 4/127, 130ff; 7/68

I

Individualrechte

- der Aktionäre 2/27; 3/29ff; 7/101

K

Kapitalerhöhung 7/148, 153, 155, 161, 210ff, 260ff, 312

- einfache und qualifizierte 9/32ff
- genehmigte und bedingte 9/30ff

Kapitalherabsetzung 2/26; 7/311

Kapitalquoren 2/14ff, 32

- Begriff 2/14
- Berechnung 4/70ff
- gesetzliche 2/15; 7/69f, 107f, 334f; 9/16ff
- und Mehrheitsprinzip 3/4f

- und Stimmrechtsaktien 2/16; 4/69; 9/20

Kapitalverwässerung 7/148, 284**Kausalzusammenhang**

- bei OR 648 I 7/132, 228

Klein-AG 9/1ff, 7**Kompetenzen**

- und Delegation 1/46
- der Organe 1/38ff, 42ff

Kopfquoren 2/20ff, 27ff, 32

- und Aktionärsschutz 3/29ff, 33
- Berechnung 4/57, 61, 76
- als Präsenzquoren 2/29
- als Präsenz-/Stimmenquoren 7/87ff; 9/9ff
- und Prinzip der GV 3/48
- als Stimmenquoren 2/27, 30; 10/3ff

M**Materialien**

- als Auslegungsmittel 7/129ff, 145, 283; 8/28

Mehr

- absolutes 1/65ff, 2/42ff, 76; 4/38, 81f, 93; 7/296, 335
- einfaches s. relatives
- relatives 1/67, 70, 76; 2/36ff, 48ff, 53; 4/41, 79f, 87, 93; 10/2
- qualifiziertes 1/67, 77; 2/42ff; 3/8ff, 35ff, 40ff, 43; 4/83, 87; 5/19ff; 7/107f, 235f; 9/16ff
- besonders qualifiziertes 2/46f; 3/74
- Volks- und Stände- 1/77
- Berechnungsbeispiel 4/87
- Berechnungsgrundlage 4/93
- Zufalls- 3/43

Mehrheitsprinzip

- und Aktienrecht 1/58ff, 60; 3/19; 3/73; 6/26
- Anwendungsbereich 7/339ff
- und Beschluss 1/61ff
- Berechnung 1/64ff
- Funktion 1/62ff, 79, 82, 88; 3/3
- Rechtfertigung 3/4, 6f

Mehrstimmrechte 4/60 FN 236, 100**Minderheit**

- Begriff 3/11

Minderheitenschutz 2/23ff, 50ff; 3/10ff, 35ff, 43; 5/35, 37; 7/146ff; 9/5, 7; 10/8**Minderheits-**

- Aktionär 2/22
- Beschluss 1/70, 72, 75, 76
 - positiver 1/76f, 79, 88; 3/6, 9ff, 35ff, 43
 - negativer 1/75; 3/40ff

- Quoren 2/31ff, 34ff; 3/31ff, 34ff, 59ff, 72, 77; 5/34
- Rechte 1/75; 2/23; 3/36ff, 40ff, 75; 5/34; 7/149
- Verlangen 1/75; 5/13

Modifikation von Quoren 4/105ff**N**

Namenaktien 4/111ff; 7/191ff, 9/26ff

Nichtbeschluss 1/69; 6/24

Nichtiger Beschluss 6/2ff

O

Observanz 5/7, 18

Oeffentliche Beurkundung 4/127, 129ff

Organähnliche Versammlungen 1/37 FN 90; 7/27ff

Organe

- Begriff 1/41, 52
- Beschlüsse 1/79; 5/8, 18
- beschlussfassende 1/38ff
- Beschlussfassung 1/39 FN 105
- Einmann- s. dort
- gesetzliche 1/41
- Kompetenzen 1/39
- Pflichten 1/45
- Sonder- 1/37 FN 90
- Generalversammlung 7/2ff
- Verwaltungsrat 8/1ff

P

Partizipanten 7/34; 9/12

Partizipationsscheine 7/297f; 9/12

Personenbezogene AG 3/34, 57

Personengesellschaftliche Elemente bei der AG 2/21ff; 3/48ff

Pflichten der Organe 1/45

Präsenzquoren

- und Aktionärsschutz 3/30ff
- allgemeines 1/76f; 2/14; 4/69; 5/22; 7/4; 8/27, 33
- Begriff 2/4ff
- Berechnung 4/52ff
- gemischte 2/11ff; 7/38f, 69f, 87f, 95f, 107f, 294f
- gesetzliche 2/5f
- Kopf- 3/48ff, 77
- und Minderheitenschutz 3/39, 43, 47
- Problematik 4/105ff
- und reine Stimmenquoren 7/334
- "reine" 2/6; 7/322
- Sinn und Zweck 3/48ff, 59ff, 79
- und Universalversammlung 7/20ff; 8/26, 33

Präsenz-/Stimmenquoten 1/15; 4/97, 121; 7/38ff, 69, 87, 107, 260, 294f, 342

- Begriff 2/11
- Berechnung 4/66
- gesetzliche 2/12
- Problematik 4/105ff
- und Stimmrechtsaktien 2/16; 4/69; 7/343; 9/20

Prüfungspflichten an der GV 4/4ff

- Gegenstand 4/6
- Grundlage 4/5
- Grundsätze 4/11
- Organ 4/4
- Zeitpunkt 4/7ff, 9ff

Prioritätsaktionäre 7/29ff

Privatautonomie 1/75; 5/38

Proporzsystem 1/67; 2/48ff; 2/60; 3/38; 4/84

Protokollierung der Beschlüsse 1/52 FN 164 und 166; 1/83; 4/122ff; 5/27

- und Einmannorgane 1/52f

Publikumsgesellschaft 9/1ff, 7; 10/8

Publizitätswirkung 4/131

Q

Qualifiziertes Mehr s. Mehr

Quoren

- Abweichungsmöglichkeiten 5/1ff
- Arten 2/1ff
- Berechnung 4/50ff, 94
- und Beschlussfassung 1/30, 57, 85ff
- Bezugsgrößen 2/57ff
- Erleichterungen 5/34ff
 - Arten 5/37ff
 - Aufhebung 5/54ff
 - Einführung 5/44ff
 - Schranken 5/39ff
- Erschwerungen 5/18aff
 - Arten 5/22ff
 - Beseitigung 5/20, 36
 - Einführung 5/20, 33ff
 - Schranken 5/23ff
- des Entwurfs 9/1ff, 3; 10/1ff
- Funktion 1/84ff
- Generalversammlungs- 7/38ff
- gesetzliche 2/1ff, 67
- und Mehrheitsprinzip 1/58ff
- und Minderheitenschutz 3/10ff
- und Publikumsgesellschaft 3/34
- und Qualifikation der Stimmabgabe 4/37ff

- qualifizierte 1/76; 3/8ff
- und Rechtsnatur 1/87
- Rechtsquellen 5/2ff
- und Rechtsveränderungen 1/86
- reglementarische 5/6, 17ff, 52
- Sinn und Zweck 3/1ff
- statutarische 1/79ff, 88; 2/62ff; 5/51
- unabänderliche 5/50
- Verwaltungsrats 8/27ff
- und Zustandekommen von Beschlüssen 1/58ff

R**Rechtsbehelfe**

- bei Funktionsunfähigkeit 4/119

Rechtsfolgen

- der Nichterreichung von Quoren 6/1ff
- Rechtsgeschäfte, mehrseitige 1/37

Rechtsnatur

- der gesetzlichen Quoren 5/9ff, 26ff
- des Mehrheitsprinzips 1/79
- des Quorums von E 713 I 10/6ff

Rechtsquellen für Quoren 5/2ff**Rechtsveränderungen 1/75, 77**

- und Quoren 1/86
- suspensiv und resolutiv bedingte 1/76

Reglemente 5/6, 17ff**Relatives Mehr s. Mehr****Repräsentanz der Beschlüsse 1/29 ; 3/59ff, 62; 9/6****S****Sacheinlage 7/74f, 261****Sachübernahme 7/74, 76, 261****Sanierung 7/282, 311****Schaffung von Genussscheinen 7/140****Schutzfunktion der Quoren 3/2ff, 6, 45; 5/26, 29; 9/4****Schweigen, aktienrechtlich relevantes 4/24ff; 8/36ff****Sitzverlegung 7/253ff; 9/34****Sonderbeschlüsse 7/37, 70, 286, 314****Sonderversammlungen 1/37 FN 90; 7/27ff**

- gesetzliche 7/27ff, 269ff, 286, 303ff, 314
- andere 7/35

Sperrminorität 1/75, 77; 3/8, 42, 45, 46; 7/149**Stabilität der Beschlüsse 3/59, 63****Statutarische Quoren s. Quoren****Statuten 5/4ff, 17ff**

- Aenderung 1/42; 4/128ff, 132, 136; 7/46, 114ff
- Entwurf 7/63, 67, 85

- Inhalt 5/15; 7/64

Stichentscheid 4/98ff

Stimmabgabe 2/57ff; 4/13ff; 8/36ff

Stimmberechtigung 4/65, 109ff

Stimme

- Arten 2/57ff; 4/88ff

- abgegebene 2/60, 95; 4/89

- vertretene 2/59, 95; 4/90

- sämtliche 2/58; 4/92, 95

- stimmberechtigte 4/91, 95

- Begriff 2/52; 4/60ff **Stimmenkonzentration** s. **cumulative voting**

Stimmenquoten 2/7ff; 3/37ff, 58f; 7/334f

- Begriff 2/7

- Berechnung 4/59ff

- gesetzliche 2/9

- gemischte 2/11; 7/38, 69, 87, 107, 260, 294f

- Kopf- 3/71, 78

- "reine" 2/8; 4/59ff, 64, 116

- und relatives Mehr 2/39

- Sinn und Zweck der 3/81

Stimmenthaltungen 2/58ff; 4/37ff, 48ff, 89ff, 94; 8/9

Stimmrecht 2/20, 27, 64; 3/64ff; 4/60ff

- doppeltes 4/103

- Mehr- 4/60 FN 228

Stimmrechtsaktien 2/16ff; 4/64, 69, 94f; 5/22; 7/51, 86, 117ff, 263

- Aktienart 7/191ff

- Begriff 7/117

- Einführung 7/122ff; 9/23

- Funktion 2/24; 7/134

- Problematik 7/118

- und Präsenz-/Stimmenquoten 2/16; 4/69; 7/343; 9/20

- Schaffung durch Aktienspaltung 7/199ff

- durch Kapitalerhöhung 7/208ff, 263

- durch Umwandlung 7/190ff

- durch Zusammenlegung 7/204ff

- Schaffung zusätzlicher 7/218ff

- und Vorzugsaktien 7/180ff

Stimmrechtsausschlüsse 4/64, 69, 94f

Stimmrechtsbeschränkungen 4/54f, 64, 69, 94f; 5/22; 7/115

Stückstimmprinzip 7/190ff

Subtraktionsmethode 4/46

T

Typus der AG 9/1ff

U**Uebnahmebeschluss** 9/37**Universalversammlung**

- Bedeutung 7/21
- und Beschlussfassung 7/327ff
- und Einmanngesellschaft 1/52 FN 164 und 166
- und Generalversammlung 7/20ff
- und Verwaltungsrat 8/26, 33; 10/12

Unverzichtbare Rechte 7/102**Umstände bei der Auslegung** 4/25ff, 29ff

- Besonderheiten 7/22
- Voraussetzungen 7/25

Umwandlung von Aktien 7/155ff, 192ff, 279**V****Verantwortlichkeit, aktienrechtliche** 1/53; 8/6ff, 12**Verkündung des Beschlusses** 4/126ff**Vertrauensprinzip** 4/21ff, 36, 42**Verwaltungsrat** 1/38

- Begriff 8/1ff
- Beschlussfähigkeit 8/32
- Beschlussfassung 8/13ff
- Funktion 1/38; 8/5
- Kompetenzen 1/44
- Organisationsautonomie 5/16, 19; 8/54
- Pflichten 8/6ff, 29f
- Quoren 1/59, 80; 2/40; 3/51, 59; 5/16, 19; 8/11, 16ff, 27ff, 45ff
- Sitzungsarten 8/23ff
- Stimmrecht 2/20, 60; 3/67

Verwaltungsratsbeschlüsse 1/43, 47, 49; 6/22

- Nichtigkeit und Anfechtbarkeit 6/15 und 22

Virilstimmrecht s. Kopfstimmrecht**Vinkulierung** 4/111ff; 9/26ff**Vorzugsaktien** 7/86, 180, 263, 265, 273ff; 9/12**W****Wahlen** 1/42; 2/48ff**Wille der Körperschaft** 1/37**Willensbildung** 1/27ff

- und Abstimmung 1/30
- und Einmannorgane 1/50ff
- körperschaftliche 1/57
- und Organe 1/27
- Pflicht zur 1/52; 4/120; 8/6ff, 29f
- Vorgehen 1/29ff, 31 - 33
- Ergebnis 1/37

Wohlerworbene Rechte 7/45, 101ff, 205

- absolut und relativ 7/103
- und Aktienart 7/193ff
- Entzug 7/101
- und Mehrheitsprinzip 1/71 FN 237

Z**Zirkulationsbeschlüsse** 8/19ff, 34ff; 10/12**Zweck der Gesellschaft** 7/110ff**Zwingende Normen** 5/9, 23ff, 39ff; 7/39, 88, 96f

- einseitig zwingende 5/10, 14, 39ff; 7/59, 69f, 70; 9/18

Zusammenlegung von Aktien 7/44ff, 108**Zuzahlungssanierung** 7/281

LEBENS LAUF

Geboren am:	23. März 1958
1965-1971:	Primarschule in Feldmeilen
1971-1977:	Gymnasium "Hohe Promenade" in Zürich
Sommer 1977:	Abschluss Matura Typus B
1977-1983:	Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich
Winter 1983:	Promotion zum lic. iur.
1983-1985:	Assistentin (halbtags) bei Prof. Dr. Peter Forstmoser und freie Mitarbeit beim Anwaltsbüro Niederer, Kraft & Frey, Zürich
1985-1986:	Ausarbeitung der Doktorarbeit
Seit 1. Mai 1986:	Auditorin und
Seit 1. Juni 1987:	Jur. Sekretärin am Bezirksgericht Meilen
15. Juli 1987:	Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft.

